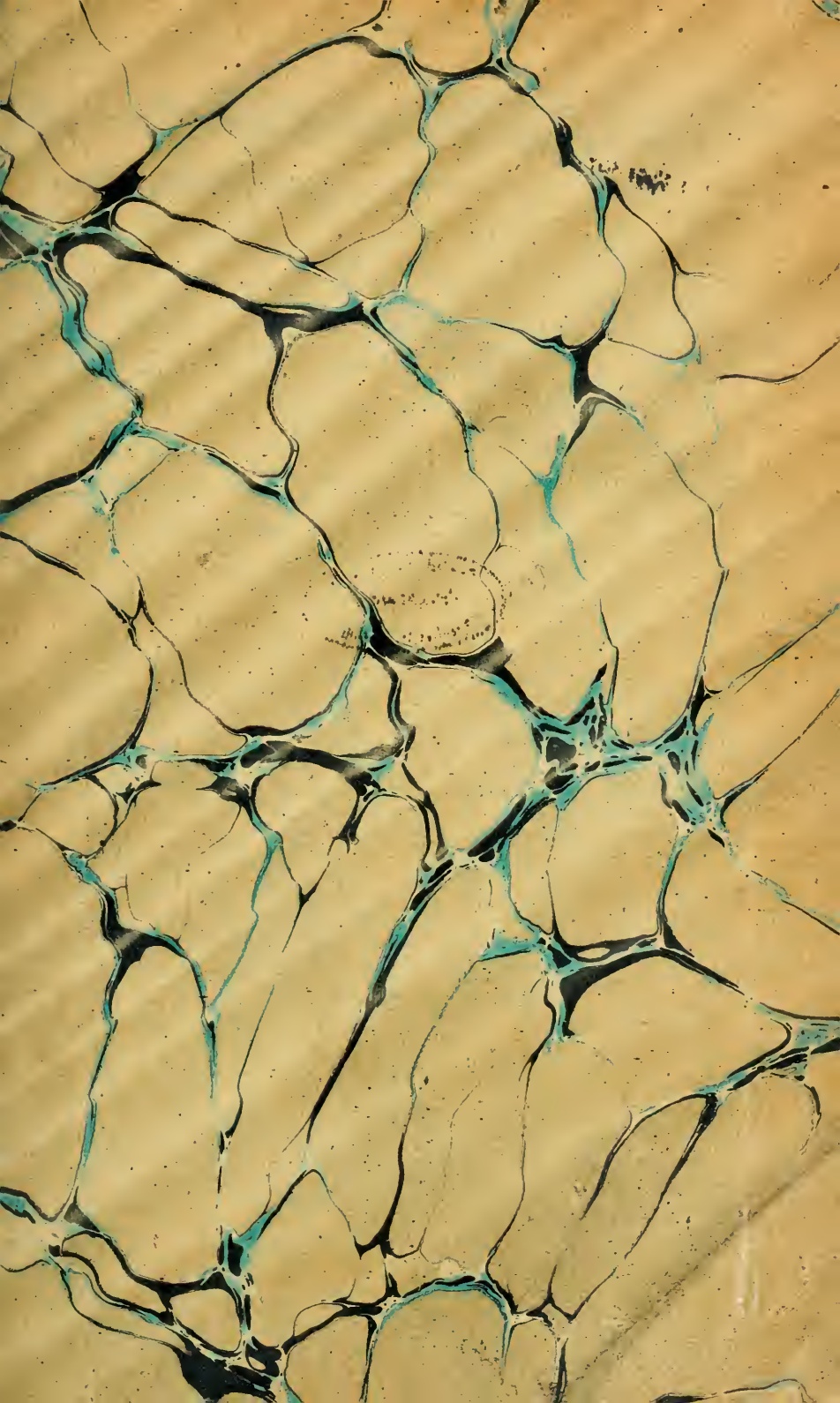
14 MAR 1973

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

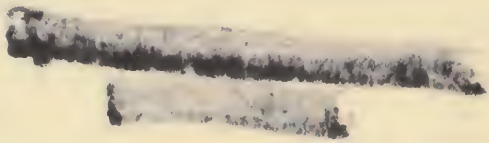


[redacted]

[redacted]

[redacted]

45674



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XIII

DES OBLIGATIONS

III

(PREMIÈRE PARTIE)

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES OBLIGATIONS

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L. BARDE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE MONTPELLIER

DEUXIÈME ÉDITION

TOME TROISIÈME
(Première Partie).

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS. 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1905

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

KJV
450
.B38
1899
v.13/1

http://www.archive.org/details/pt1traittho13baud

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS *(suite)*.

SECTION II

DE LA NOVATION

1689. La novation consiste dans la substitution d'une obligation à une autre [1].

Elle suppose que l'extinction d'une dette est la conséquence d'un engagement nouveau.

Dans l'énumération de l'art. 1234, elle est indiquée immédiatement après le paiement. Cela vient sans doute de ce qu'elle présente avec celui-ci de grandes analogies. On peut dire, en effet, que la dette novée est payée au moyen de la création d'une autre dette.

Il est une idée générale sur laquelle nous devons appeler l'attention, car elle présente, nous le verrons, une réelle importance, au point de vue de l'interprétation de notre droit : la novation romaine diffère profondément de la novation française [2]. Elle est essentiellement formaliste ; elle ne peut s'opérer que par la stipulation et aussi — mais seulement d'après certains auteurs — par le contrat *litteris* [3].

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 581 (édit. Dupin, I, p. 343). — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. IV, préambule (édit. Rémy, II, p. 231), et même livre, tit. III, préambule et sect. I, n. 1 (même édit., II, p. 252).

(2) V. notamment, sur la novation en droit romain, Salpius, *Novation und Delegation nach romisch. Recht*, Berlin, 1864; Paul Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, 1879 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 4e édit., II, p. 536-553 ; Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 675-687. — D'après plusieurs des derniers interprètes, la novation a été d'abord la conséquence de ce principe qu'on ne pouvait pas faire deux contrats successifs relativement à une même dette. V. Girard, *op. cit.*, p. 675, texte et note 4 et les auteurs cités.

(3) *Contra* Salpius, *op. cit.*, p. 143 ; Paul Gide, *op. cit.*, p. 208-216 ; Accarias, *op. cit.*, II, p. 537, note 1. — Cpr. Girard, *op. cit.*, p. 678.

Elle exige, il est vrai, un élément nouveau ([1]), mais l'objet de l'obligation doit demeurer le même ([2]). La novation romaine est une transformation de l'obligation dans le sens étymologique du mot *transformation*. C'est, en effet, une opération qui consiste à revêtir l'obligation d'une forme nouvelle, à la transfuser dans le moule de la stipulation ([3]). C'est, peut-on dire, un rajeunissement de l'obligation, ou, si l'on tient, comme certains interprètes, à faire intervenir l'idée de deux obligations successives, c'est la translation du contenu de l'obligation primitive dans une obligation nouvelle qui est substituée à l'ancienne ([4]). Cette notion se dégage nettement des textes : *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio* ([5]). Ainsi comprise, la novation présente un caractère parfait d'unité.

Tout autre est la novation française. Elle ne change pas simplement la forme de l'obligation. Elle a pour effet de supprimer complètement l'ancien rapport de droit et d'en créer un autre, et, par suite, l'objet du nouvel engagement n'est plus nécessairement celui de l'obligation primitive. Cette novation peut se présenter sous les formes les plus variées : toute convention qui remplace une dette par une autre constitue aujourd'hui une novation ([6]). Il s'ensuit que la novation française, à la différence de la novation romaine, est une opération à double face, une opération qui, à l'analyse, apparaît comme décomposable ([7]). Elle n'a aucune originalité ([8]).

Notre législateur aurait donc pu s'abstenir de l'envisager comme un mode spécial d'extinction des obligations. Dépouillée de son formalisme, la novation cesse d'exister en tant qu'institution distincte. Cette circonstance qu'il ne l'aurait ni réglementée ni même formellement admise n'eût aucunement contrarié sa réalisation. La question de savoir si une dette a

([1]) Paul Gide, *op. cit.*, p. 81-116.
([2]) Paul Gide, *op. cit.*, p. 117-152.
([3]) Paul Gide, *op. cit.*, p. 8-9.
([4]) Girard, *op. cit.*, p. 675.
([5]) L. 1, D., *De novat. et deleg.*, XLVI, 2.
([6]) Paul Gide, *op. cit.*, p. 3. — V. aussi *infra*, n. 1712.
([7]) Paul Gide, *op. cit.*, p. 4.
([8]) V. *infra*, n. 1711.

été substituée à une autre peut sans inconvénient être résolue par l'examen de la volonté des parties et, s'il y a doute, par l'application des principes généraux d'interprétation. Le résultat que produit la novation peut être également obtenu au moyen d'une remise de dette consentie sous la condition suspensive qu'une autre dette sera contractée. C'est pour ce motif que le Code civil allemand ne mentionne pas la novation (1). On s'explique d'autant plus qu'il en soit ainsi que ce code admet, non seulement la cession de créances, comme les autres législations modernes, mais aussi la cession de dettes (2). Or, au point de vue pratique, la première de ces opérations peut remplacer la novation par changement de créancier, et la seconde, la novation par changement de débiteur (3). Quant à la novation par changement d'objet, le Code civil allemand ne la distingue pas de la dation en paiement. Arg. art. 364, al. 2 (4). Toutefois, rien ne s'opposerait à ce que l'on pût aujourd'hui encore, en Allemagne, faire une novation proprement dite, alors même qu'il s'agirait d'une novation par changement de créancier ou de débiteur, sauf aux parties de faire la preuve de leur intention (5).

§ I. *Conditions de la novation.*

1690. La novation, nous l'avons dit, est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne. Elle suppose, par conséquent, deux obligations successives : une qu'elle doit éteindre, et une autre qu'elle doit substituer à la première.

(1) Il y fait simplement allusion dans le second alinéa de son article 364, ainsi conçu : « Si le débiteur, afin de satisfaire le créancier, contracte envers ce dernier une nouvelle obligation, il ne faut pas présumer, en cas de doute, qu'il se charge de celle-ci pour qu'elle tienne lieu de l'exécution de la première ». Mais cette proposition n'est qu'une conséquence de ce principe que les renonciations ne se présument pas, et, par suite, elle est, elle-même, d'une utilité contestable.

(2) Pour l'étude spéciale de la cession de dettes, V. *infra*, n. 1758 s.

(3) Il ne faut point en conclure qu'il n'y a pas de différence entre les effets de la novation et ceux de la cession. V. *infra*, n. 1760.

(4) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, n. 47, p. 36 ; Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier* (Thèse, Dijon, 1898), p. 300, texte et note 2.

(5) Gaudemet, *op. cit.*, p. 301. — V. cependant Unger, *Schuldübernhame* (Vienne, 1889), note 30; cf. notes 13 et 14.

En un mot la novation consiste dans l'extinction d'une obligation et dans la création d'une autre, destinée à remplacer la précédente. Mais ces deux opérations ne sont pas indépendantes l'une de l'autre. Chacune d'elles est la contre-partie et la cause de l'autre. Ce sont les deux éléments essentiels d'un même système, de sorte que, si l'un fait défaut, le système tout entier se trouve exclu.

Il s'ensuit que les conditions de la novation sont au nombre de cinq, il faut : 1° l'existence d'une obligation antérieure ; 2° la création d'une autre obligation ; 3° une différence entre les deux obligations successives ; 4° l'intention de nover ; 5° la capacité des parties.

I. *Existence d'une obligation antérieure.*

1691. A défaut d'obligation antérieure, la novation manque de base. Elle est donc impossible. C'est qu'en effet le débiteur n'entend contracter une obligation que pour en éteindre une autre.

La dette qui n'existe qu'en apparence ou, pour parler comme la doctrine, l'obligation radicalement nulle ou inexistante, ne saurait donc être novée. Ainsi une dette qui est sans cause, ou dont la cause est illicite, ne peut pas servir de base à une novation. Il en est de même de l'obligation qui se trouve éteinte par la perte de la chose due [1].

1692. Supposons maintenant que l'obligation à nover est seulement annulable ou rescindable, par exemple qu'elle a été contractée soit sous l'influence du dol ou de l'erreur sur la substance, soit par un incapable. La novation devra être déclarée non avenue, si plus tard l'obligation antérieure est annulée ou rescindée ; car cette obligation sera alors considérée comme n'ayant jamais eu d'existence légale, ce qui nous fait retomber dans l'hypothèse précédente.

Mais, si c'est le premier débiteur qui a contracté la nouvelle obligation, et qu'il l'ait fait en temps de capacité et

[1] Si la perte de la chose provient du débiteur ou si celui-ci a pris sur lui les cas fortuits, cette perte fait généralement naître à sa charge une dette de dommages-intérêts, qui pourrait être novée.

connaissant le vice qui entachait l'obligation primitive, il est réputé avoir renoncé à l'action en nullité ou en rescision, il a implicitement confirmé cette obligation, et, par suite, la novation est définitivement acquise.

Quand l'obligation est contractée par un nouveau débiteur, soit qu'il y ait délégation, soit qu'il y ait expromission [1], la novation, comme dans l'hypothèse précédente, sera, en règle générale, maintenue ou non, suivant que le premier débiteur fera ou ne fera pas prononcer la nullité ou la rescision. Mais, au cas de délégation, l'obligation primitive est tacitement confirmée si c'est en connaissance de cause que l'ancien débiteur, d'ailleurs capable, délègue le nouveau.

Que décider si, au cas d'expromission, le second débiteur sait, au moment où il s'engage, que la première obligation peut être annulée ou rescindée? Il ne saurait, sans doute, être considéré comme confirmant celle-ci, car il n'a pas qualité à cet effet; mais, suivant les circonstances, on peut admettre qu'il a renoncé à se prévaloir de l'annulation ou de la rescision qui viendrait à être prononcée.

1693. Si la première obligation est affectée d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire, la novation est, elle-même, conditionnelle, en ce sens que, si, par l'effet de la condition accomplie ou défaillie, la première obligation se trouve n'avoir jamais eu d'existence légale, la novation sera considérée comme non avenue.

Cependant la seconde obligation survivrait si les parties avaient entendu faire une convention aléatoire, en substituant définitivement une dette pure et simple à une dette conditionnelle. Alors l'opération serait immédiatement parfaite et indépendante des événements ultérieurs. Ainsi on comprend très bien, par exemple, que je m'oblige à payer purement et simplement 50.000 fr. à la place d'une maison que je dois sous condition et qui vaut 100.000 fr.

1694. D'après la plupart des auteurs, les obligations naturelles sont susceptibles de servir de base à la novation. Ce ne sont, il est vrai, que des obligations civiles imparfaites;

[1] Sur la portée de ces expressions, voyez *infra*, n. 1714-1715.

mais elles n'en ont pas moins une existence juridique. Elles peuvent être acquittées volontairement. Elles peuvent donc aussi être novées : la novation n'est-elle pas une espèce de paiement? Nous renvoyons d'ailleurs aux explications que nous avons données sur ce point quand nous avons exposé la théorie générale des obligations naturelles ([1]).

II. *Création d'une obligation nouvelle.*

1695. Il est indispensable qu'une dette prenne naissance. Dans la novation, en effet, le créancier ne renonce à une obligation qu'à la condition qu'elle sera remplacée par une autre. C'est dire que nous devons faire, quant à la seconde obligation, des remarques analogues à celles que nous avons faites relativement à la première : quand la nouvelle dette est radicalement nulle ou inexistante, la novation est impossible, et, par conséquent, l'ancienne obligation n'est pas éteinte.

Quand la nouvelle obligation est affectée d'une condition suspensive, la novation ne s'opère que si la condition s'accomplit. *Pendente conditione,* le créancier ne saurait agir contre le débiteur ; il ne peut, en effet, se prévaloir ni de la seconde obligation, puisqu'elle dépend d'une condition suspensive, ni de la première, puisqu'il y a renoncé sous la même condition.

Lorsque la nouvelle obligation est affectée d'une condition résolutoire, la novation se produit d'ores et déjà, et, en conséquence, le créancier peut agir immédiatement ; mais, si la condition se réalise, la nouvelle obligation et, par suite, la novation sont rétroactivement anéanties; le créancier doit alors restituer ce qu'il a reçu, mais, d'autre part, il peut agir en vertu de la première obligation, qui se trouve rétablie.

Sauf encore, dans ces deux hypothèses, le cas où l'intention des parties aurait été de faire une convention aléatoire. Quand il en est ainsi, la première obligation, nonobstant la défaillance de la condition suspensive ou la réalisation de la condition résolutoire qui affectait la seconde, ne revit point. Mais alors, non plus, on ne saurait dire qu'il y a eu novation,

([1]) V. notre tome II, n. 1675 et 1678.

car, s'il y a eu extinction d'une obligation, il n'y a pas eu substitution d'une obligation à une autre.

1696. Cette circonstance que la nouvelle obligation est annulable ou rescindable n'est pas un obstacle à la novation. Une pareille obligation existe et ne cesse d'exister que si une décision de justice en prononce la nullité ou la rescision. La novation opérée dans ces conditions sera donc maintenue si le nouveau débiteur ne fait pas tomber son obligation, soit qu'il s'abstienne d'en demander la rescision ou l'annulation, soit qu'il la confirme expressément ou tacitement. Si au contraire il l'a fait annuler ou rescinder, la novation, du moins d'après la plupart des auteurs, est non avenue, et la première obligation revit. Et il en est de même quand le second engagement a été contracté par un nouveau débiteur. Le créancier n'a pas renoncé purement et simplement à l'ancienne obligation ; il a subordonné sa renonciation à la formation d'un autre engagement ; or, par l'effet de l'annulation ou de la rescision, cet engagement est considéré comme n'ayant jamais existé [1].

Toutefois nous devons ajouter une remarque analogue à celle faite plus haut : il se peut que le créancier, connaissant le vice de la nouvelle obligation, ait eu néanmoins l'intention de la substituer définitivement à l'ancienne. Une pareille convention a un caractère aléatoire, et, le cas échéant, la première obligation demeure éteinte, nonobstant l'annulation ou la rescision du second engagement.

III. *Un élément nouveau.*

1697. La novation suppose, par définition même, un élément nouveau. S'il n'existe pas de différence entre la première obligation et la seconde, il ne peut pas y avoir novation, mais seulement reconnaissance de la première dette. L'art. **1271**, parlant des changements qui peuvent se rencontrer dans la nouvelle obligation, s'exprime ainsi : « *La novation s'opère*

[1] *Sic* Marcadé, IV, n. 753-754 ; Colmet de Santerre, V, n. 219 *bis*-VI ; Aubry et Rau, IV, p. 215 ; Demolombe, XXVIII, n. 252 ; Laurent, XVIII, n. 253 ; Planiol, II, n. 565. — *Contra :* Delvincourt, II, p. 565-566 ; Toullier, VII, n. 298 Duranton, XII, n. 282.

» *de trois manières : 1° lorsque le débiteur contracte, envers* » *son créancier, une nouvelle dette qui est substituée à l'an-* » *cienne, laquelle est éteinte ; 2° lorsqu'un nouveau débiteur* » *est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;* » *3° lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau* » *créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se* » *trouve déchargé* » [1].

Ainsi, tantôt la différence qui existe entre les deux dettes successives se produit sans qu'il y ait changement de l'un des sujets de l'obligation, tantôt, au contraire, elle provient d'un pareil changement.

D'où la distinction entre la novation objective et la novation subjective.

D'où également, en ce qui concerne cette dernière, une sous-distinction entre le cas où elle s'opère par changement de débiteur et celui où elle s'opère par changement de créancier.

La novation objective et les deux cas de novation subjective peuvent, d'ailleurs, se combiner ensemble. Il peut y avoir à la fois novation objective et novation par changement de créancier ou de débiteur. Rien ne s'oppose même à ce que les trois changements se trouvent réunis.

A. *De la novation objective.*

1698. Parlons des divers changements qui peuvent avoir lieu relativement à la dette, le créancier et le débiteur demeurant d'ailleurs les mêmes. Nous grouperons dans une première catégorie les changements suivants : 1° changement d'objet ; 2° changement de nature de la dette ; 3° introduction ou suppression d'une modalité ; 4° addition ou suppression d'une garantie ; 5° rédaction ultérieure ou changement de l'écrit constatant la créance ; 6° modifications apportées au service ou au taux des intérêts ; 7° changement relatif au mode de paiement ; 8° des remises dans les comptes courants.

A propos de chacun de ces changements, nous aurons à nous demander s'il emporte novation.

[1] « L'obligation s'éteint par novation lorsque les parties ont conclu une convention qui en modifie les éléments essentiels ». C. civ. japon., art. 513, al. 2 (trad. Motono et Tomii, p. 124).

Universitas Ottaviensis BIBLIOTHECA Facultas Juris Civilis

Mais, auparavant, nous devons indiquer l'intérêt de la question. Il est multiple. S'il y a novation, les hypothèques et privilèges qui garantissaient la première dette sont éteints, à moins que le créancier ne les ait réservés expressément (art. 1278); les cautions sont libérées (art. 1281, al. 2); la demeure est purgée, et, par conséquent, si la première obligation avait pour objet un corps certain et déterminé, les risques cessent d'être à la charge du débiteur; enfin, si l'ancienne dette était productive d'intérêts, le cours des intérêts est arrêté, sauf stipulation contraire.

S'il n'y a pas novation, aucun de ces effets ne se produit.

Après avoir étudié les divers changements sus-indiqués, nous rechercherons, dans une division spéciale, s'il faut admettre la novation par changement de cause de la dette. Ici l'intérêt de la question, comme nous l'expliquerons, n'est plus le même.

1° *Des changements pour lesquels on se demande s'il y a extinction de l'obligation primitive.*

1699. 1° Il y a novation quand l'objet de la dette est changé.

Je vous dois une certaine somme d'argent. Pour me libérer je m'engage à vous donner une quantité de terrain déterminée à prendre dans tel domaine qui m'appartient, et vous acceptez. Ma dette primitive est novée. La seconde obligation diffère uniquement de l'autre par son objet; mais ce changement suffit pour emporter novation.

Je vous dois une rente viagère en argent; nous convenons que désormais je vous la paierai en nature. Ici encore, il y a changement d'objet et, par conséquent, novation.

1700. Par suite d'un prêt ou d'une vente je vous dois un capital exigible; nous le convertissons en rente : faut-il voir là une novation? S'il s'agit d'une rente viagère, l'affirmative n'a guère été contestée [1]. La question est, au contraire, fort discutée, s'il s'agit d'une rente perpétuelle. Parlons successivement des deux cas.

[1] V. cependant Artur, *Toute substitution d'une dette à une autre constitue-t-elle une novation? A propos de l'art. 1278, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXIe année, nouv. série, XI, 1882, p. 228 *in fine;* Huc, VIII, p. 150 *in fine*, n. 113.

Si le capital est converti en rente viagère, nous considérons comme certain qu'il y a novation. Alors, en effet, la seconde obligation a pour objet des arrérages, tandis que la première avait pour objet un capital. Désormais le créancier ne peut demander et le débiteur ne peut offrir que des arrérages. Le changement d'objet est donc manifeste. On peut même ajouter que ce n'est pas seulement l'objet de la dette qui est changé, mais, de plus, la nature de celle-ci. La nouvelle obligation est aléatoire : le créancier recevra plus que son capital, s'il vit longtemps; mais, s'il décède bientôt, il recevra moins que son capital ou même perdra celui-ci en entier (1).

La solution est la même, selon nous, quand la rente substituée à la dette d'un capital exigible est une rente perpétuelle (2). Ici encore, après que la conversion a été opérée, la créance a pour objet des arrérages, et non plus un capital. On objecte qu'à la différence de ce qui a lieu dans la rente viagère, le capital n'est pas aliéné. Mais, s'il en est ainsi, pourquoi le créancier n'a-t-il droit de réclamer que des arrérages? Qu'importe que le débiteur puisse imposer le remboursement du capital? C'est là pour lui un mode de libération purement facultatif. Dans certains cas, il est vrai, le créancier est admis à demander le remboursement; mais, quand il le demande, c'est la résolution du contrat qu'il poursuit, et non pas son exécution. Ainsi, pour que le remboursement puisse avoir lieu sur les poursuites du créancier, il faut supposer que le contrat de constitution de rente n'existe plus. Tant que ce contrat est maintenu, le droit du créancier ne porte pas sur le capital.

(1) *Sic* Toullier, VII, n. 280; Aubry et Rau, IV, p. 217; Demolombe, XXVIII, n. 293; Larombière, V, p. 19 (art. 1273, n. 9 *in fine*); Laurent, XVIII, p. 290, n. 268; Planiol, II, n. 567. — Riom, 12 déc. 1883, D. P., 85. 2. 101.

(2) Toutefois il n'y a pas novation lorsqu'un prix de vente est converti par le contrat même de vente en une rente perpétuelle. Si, en pareil cas, les parties indiquent d'abord un capital, c'est tout simplement pour déterminer le taux de la rente, mais ce capital n'a été dû à aucun moment. Dès la formation du contrat la seule dette qui ait existé est celle d'une rente. Laurent, XVIII, p. 292, n. 269; Championnière et Rigaud, n. 1318 et 1319. — Paris, 11 mars 1816, S. chr., 5. 2. 113, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 1356-5°. — Bordeaux, 23 mars 1832, S., 33. 2. 57, D., *op. cit.*, v° *Rentes const.*, n. 152. — *Adde* Troplong, *Vente*, II, n. 649; Duvergier, *Vente*, I, n. 451; Aubry et Rau, IV, p. 398 *in fine*. — V. cep. Duranton, XII, n. 303; XVI, n. 370.

L'objet de l'obligation primitive a donc été changé, et, par suite, il faut dire que cette obligation a été novée [1].

La plupart de nos anciens auteurs combattaient cette doctrine; mais elle était défendue par Pothier, et on sait quelle était l'autorité de celui-ci aux yeux du législateur [2].

1701. 2° Le changement apporté à la nature de la dette suffit pour qu'il y ait novation. On rencontre un pareil changement dans le cas où une dette commerciale est transformée en dette civile; peu importe que l'objet reste le même et que, d'une façon plus générale, rien, d'autre part, ne soit modifié dans l'obligation primitive. C'est qu'en effet, la dette civile se distingue de la dette commerciale par une importance différente quant à la juridiction [3].

1702. 3° En ce qui concerne l'introduction ou la suppression d'une modalité, la solution varie suivant la modalité dont il s'agit.

Il est certain que l'apposition ou le retranchement d'une condition a force novatoire, la dette sous condition différant essentiellement de la dette pure et simple, au point de vue de ses effets [4].

Nous en dirons autant de l'adjonction d'une charge à l'obligation primitive, car celle-ci devient résoluble en cas d'inexécution de la charge [5].

(1) *Sic* Toullier, VII, n. 280; Duranton, XII, n. 288; Championnière et Rigaud, n. 1317; Aubry et Rau, IV, p. 217; Laurent, XVIII, n. 268. — *Contra* Troplong, *Vente*, n. 649; Larombière, V, p. 18 (art. 1273, n. 9); Demolombe, XXVIII, n. 295. Ces deux derniers auteurs reconnaissent toutefois que la transformation d'un capital exigible en rente perpétuelle emporterait novation s'il résultait des circonstances que telle a été la volonté des parties. Larombière, V, p. 19 (art. 1273, n. 9); Demolombe, XXVIII, n. 296. Cette décision va de soi, car elle ne fait qu'appliquer le droit commun. Mais, dans le système que nous avons adopté, elle n'a pas de sens, puisque, d'après nous, dans le cas prévu, la novation s'opère nécessairement.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 595 (édit. Dupin, I, p. 348-350).

(3) Laurent, XVIII, n. 273. — A ce sujet M. Huc fait remarquer avec raison que le seul cas d'une pareille novation qui soit signalé dans les recueils est un cas de novation par changement de créancier. Req., 2 déc. 1868, S., 69. 1. 128, D. P., 69. 1. 129. La question ne présente donc guère d'intérêt pratique. Huc, VIII, n. 113, p. 152.

(4) Laurent, XVIII, n. 276; Thiry, III, n. 75, p. 96; Huc, VIII, n. 114; Planiol, II, n. 568; Giorgi, *op. cit.*, VII, n. 393. — Solution expresse dans le C. civ. japon., art. 513, al. 2.

(5) Laurent, Huc, Giorgi, *loc. cit.*

De même, il n'est pas douteux qu'il y a novation quand une obligation pure et simple est transformée en obligation alternative ou *vice versa;* car ce changement porte sur la substance même de l'obligation (1).

1703. Mais l'addition, la prorogation, l'abréviation ou la suppression d'un terme n'altère en aucune mesure la dette même. Nous trouvons une application de cette idée dans l'art. 2039, d'après lequel « la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution... ». Cela suppose bien que, dans l'hypothèse, il n'y a pas novation; sans quoi, la caution serait déchargée. Or, s'il en est ainsi au cas de prorogation de terme, il faut donner la même solution relativement à la concession d'un délai ou à la renonciation, soit totale, soit partielle, que fait le débiteur au bénéfice du terme. La raison de décider est la même (2).

Le contrat d'atermoiement n'opère donc pas novation, car il constitue simplement une concession de délais; concession forcée, il est vrai, en ce sens que, si les créanciers l'accordent, c'est sous la pression des circonstances et pour faciliter le paiement; mais ce contrat, néanmoins, laisse intacts les éléments essentiels de la dette. Il faut donc lui appliquer le principe que nous venons de poser : L'atermoiement ne produit pas novation, car, d'une façon absolue, la concession d'un terme n'est jamais une cause de novation (3).

1704. Dans le même ordre d'idée, on décide sans difficulté que le concordat consenti par les créanciers à leur débiteur ne change pas les obligations de ce dernier. Ce qui le prouve bien, c'est que, même après l'avoir accordé, les créanciers

(1) Giorgi, *op.* et *loc. cit.* — Il en est autrement quand on ajoute ou qu'on supprime la stipulation d'une prestation *in facultate solutionis*, ce changement ne touchant qu'au mode d'exécution de l'obligation. Demolombe, XXVIII, n. 287; Giorgi, *op.* et *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, IV, p. 218; Demolombe, XXVIII, n. 280; Laurent, *loc. cit.;* Planiol, II, n. 568. — Civ. rej., 9 fév. 1887, D. P., 87. 1. 269. — La substitution d'un effet de commerce à un autre a simplement pour but de proroger l'échéance. Elle n'opère pas novation. — V. *infra*, n. 1732 *in fine*, p. 37, texte et note 2 (jurisprudence constante).

(3) Laurent, XVIII, n. 277. — Req., 11 mars 1868, S., 69. 1. 15, D. P., 68. 1. 435.

peuvent agir contre les coobligés du failli, c'est-à-dire contre les débiteurs solidaires et les cautions. Ils peuvent même leur demander la totalité de leurs créances. Or, s'il y avait novation, cautions et codébiteurs solidaires se trouveraient libérés (1).

1705. Avons-nous besoin de dire que l'insertion ultérieure d'une clause pénale n'est pas de nature à faire supposer chez les parties l'intention de nover? Elle implique bien plutôt la volonté de confirmer l'obligation, puisqu'elle a pour but soit d'assurer l'exécution de celle-ci, soit de fixer par anticipation le chiffre des dommages-intérêts pour le cas où elle ne serait pas exécutée (2).

1706. 4° Le débiteur ou un tiers fournit une garantie au créancier. Voilà qui n'est certainement pas suffisant pour

(1) *Sic* Demangeat sur Bravard, V, p. 430, note; Laurent, XVIII, n. 277; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 599 et II, n. 2919; Ruben de Couder, *Diction. du dr. comm.*, v° *Concordat*, n. 211; Paris, 8 nov. 1855, S., 56. 2. 146, D. P., 56. 2. 152; 16 avril 1864, S., 64. 2. 289, D. P., 64. 2. 127. — Req., 7 mars 1866, S., 66. 1. 288, D. P., 66. 1. 298; Bruxelles, 14 juin, 1883, *Pasicr.*, 83. 2. 295. — Req., 5 avril 1892, D. P., 92. 1. 246. (Il n'y a pas à distinguer entre le créancier chirographaire et le créancier hypothécaire qui prend part au concordat); Paris, 16 avril 1864, précité. Cpr. Bruxelles, 6 juin 1821, *Pasicr.*, 1821, p. 391. — *Contra :* Laurin, *Cours élément. de dr. comm.*, n. 1142 *in fine;* Paris, 20 juin 1870, D. P., 71. 2. 3. Cet arrêt motive en ces termes sa décision : « L'admission du créancier au passif de la faillite et le concordat qui accorde une remise plus ou moins considérable de la dette, doivent être considérés comme l'expression de la volonté du créancier et du débiteur de modifier la nature de la créance et d'opérer une novation dans les titres primitifs ». Ce n'est qu'une affirmation gratuite. Cette dernière solution paraît, il est vrai, avoir été aussi consacrée par un arrêt de la cour de Besançon, du 22 juin 1864, D. P., 64. 2. 119. Mais, en réalité, cet arrêt a jugé en fait, d'après les circonstances, qui pouvaient être considérées comme impliquant l'intention de nover; il ne pose donc pas le principe. — Quant à l'admission des créanciers au passif de la faillite, la cour de Paris a rendu une décision très juridique, dont voici la substance : Dans la pensée du législateur, la reconnaissance de la dette, dont il est question dans l'art. 189 C. com., ne doit s'entendre que d'un acte produisant novation conformément à l'art. 1271 C. civ. Cela ressort des travaux préparatoires du Code de commerce. En conséquence l'admission d'un créancier à la faillite, faite sur son affirmation, n'ayant pour but et pour résultat que de vérifier et de confirmer la créance admise ci, par suite, n'opérant pas novation, cette créance, si elle résulte d'effets de commerce, demeure soumise à la prescription quinquennale de l'art. 189. Paris, 9 fév. 1892, D. P., 92. 2. 132. — Cpr. Boistel, note sous Aix, 29 mai 1872, D. P., 74. 2. 121.

(2) Giorgi, *op. cit.*, VII, n. 392, p. 403 *in fine.*

opérer novation. Le cautionnement, la constitution d'un gage ou d'une hypothèque ont simplement pour effet d'assurer le paiement. Ils font naître un accessoire de la dette, mais ils ne changent rien dans celle-ci. La jurisprudence a fait plusieurs applications de cette idée. En voici une : les endosseurs d'un billet à ordre consentent avant l'échéance une affectation hypothécaire comme nouvelle garantie de la créance résultant de ce billet. Il ne n'ensuit point qu'il y ait novation, et, par conséquent, si le porteur, pour cause de tardiveté du protêt, se trouve déchu de son recours contre lesdits endosseurs, il n'est pas davantage admis à se prévaloir de l'hypothèque constituée par eux à son profit (1).

En sens inverse, le fait de retrancher une garantie, par exemple une hypothèque, n'entraîne pas novation. Pas plus, en effet, la suppression que l'addition d'une garantie, n'atteint la dette en elle-même (2).

1707. 5° Il faut en dire autant de la rédaction ultérieure ou du changement de l'acte instrumentaire constatant la créance. C'est ainsi que le remplacement d'un acte sous seing privé par un acte notarié n'a rien d'incompatible avec le maintien de la dette à laquelle se rapporte le premier.

On a, en conséquence, jugé avec raison qu'une dette commerciale n'est pas remplacée par une dette civile lorsque le débiteur vient à la reconnaître dans un acte notarié, cette reconnaissance ne produisant pas novation (3). Il en est ainsi alors même que le créancier remet au débiteur les titres commerciaux dont il est porteur (4), et alors même que l'acte notarié contient constitution d'hypothèque au profit du créancier (5).

(1) Demolombe, XXVIII, n. 278-279; Laurent, XVIII, n. 278; Planiol, II, n. 569. — Chambéry, 20 mars 1868, D. P., 68. 2. 192. — V. aussi Limoges, 31 janv. 1857, S., 58. 2. 90.

(2) Les mêmes auteurs, *loc. cit.* — Req., 8 nov. 1875, S., 76. 1. 102, D. P., 76. 1. 438.

(3) Civ. cass., 21 fév. 1826, S. chr., VIII, 1. 283, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2432. — Grenoble, 17 juin 1826, S. chr., VIII, 2. 244, D., *loc. cit.* — Dijon, 3 juil. 1883, D. P., 84. 2. 121. — *Sic* Duranton, XII, n. 290; Aubry et Rau, IV, p. 218, texte et note 35; Demolombe, XXVIII, n. 281; Laurent, XVIII, n. 274; Huc, VIII, n. 113, p. 151; Giorgi, *op. cit.*, n. 392, p. 482; Massé, *Dr. comm.*, V, n. 286; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, II, n. 1011 s.

(4) Civ. cass., 21 fév. 1826, précité.

(5) Dijon, 3 juil. 1883, précité.

1708. 6° Quant aux modifications apportées au service ou au taux des intérêts, elles se concilient parfaitement avec le maintien de la dette, car elles ne touchent nullement aux éléments constitutifs de l'obligation [1].

Il n'y a donc pas novation par cela seul qu'après l'échéance d'une dette qui ne portait pas d'intérêts le débiteur s'est engagé à en payer [2]. Cette solution est également vraie pour le cas où le créancier a stipulé du débiteur une augmentation d'intérêts comme condition du délai qu'il lui a accordé [3]. De même encore la réduction du taux des intérêts, moyennant des garanties nouvelles fournies par le débiteur, fût-elle accompagnée d'une prorogation de l'échéance de la dette, n'implique point la volonté de nover [4].

1709. 7° Au point de vue qui nous occupe, le changement apporté au mode de paiement est absolument indifférent. Qu'importe, par exemple, que le créancier constitue un mandataire à l'effet de toucher ce qui lui est dû? Qu'importe que, par suite d'une nouvelle convention, la dette, auparavant quérable, soit devenue portable, ou réciproquement [5]? Un commerçant, au lieu de se conformer au mode de paiement stipulé sur ses factures, fait traite sur un client : ce fait opère-t-il novation? Non, certainement [6]!

1710. 8° Il est très généralement admis que le compte courant a un effet novatoire. C'est une conséquence de son caractère d'indivisibilité. La créance à laquelle donne lieu chacune des remises s'éteint et se trouve remplacée par un crédit porté à l'avoir du remettant.

Toutefois, cette novation est d'une nature particulière. Il n'y a pas, en effet, dans ce cas, comme dans la novation proprement dite, substitution d'une créance à une autre, mais bien transformation d'une créance en un article de crédit. La créance du remettant se trouve absorbée dans la masse

(1) Laurent, XVIII, n. 272; Giorgi, *op.* et *loc. cit.*

(2) Bruxelles, 31 oct. 1828, *Pas.*, 1828, p. 312. — *Adde* Laurent, XVIII, n. 272.

(3) Req., 13 nov. 1877, S., 78. 1. 415, D. P., 78. 1. 300.

(4) Civ. rej., 9 fév. 1887, D. P., 87. 1. 269.

(5) Aubry et Rau, IV, p. 218; Demolombe, XXVIII, n. 283; Laurent, XVIII, n. 280; Giorgi, VII, n. 392, p. 482 *in fine.*

(6) Amiens, 13 juil. 1889, *Rec. des arr. d'Amiens,* 1889, p. 182.

des opérations portées en compte. Non seulement elle n'est pas remplacée actuellement par une autre créance, mais on ne sait même pas si, en fin de compte, il y aura solde en faveur du remettant [1].

L'effet novatoire du compte courant est expressément reconnu par plusieurs codes de commerce étrangers [2].

Mais les reports à nouveau de soldes, à la suite d'arrêtés de compte, dans un compte-courant, sont de simples opérations de comptabilité ; ils ne sauraient donc modifier les effets du compte-courant, et, notamment, ils n'emportent pas novation [3].

1711. En droit romain, la question de savoir quelle était, dans la novation, l'importance que devait présenter le changement, était résolue différemment : l'objet de l'obligation devait demeurer le même, mais, par contre, certains changements qui, dans notre droit, ne suffiraient pas, avaient à Rome un effet novatoire. Alors même qu'il y eût simplement addition ou suppression d'un terme ou d'un fidéjusseur [4], la novation s'opérait mécaniquement [5]. En droit français, au contraire, le changement doit porter sur quelque élément essentiel de l'obligation. Il faut qu'il suppose, chez les parties, la volonté de nover. Il n'est pris en considération que s'il implique cette volonté. Tant il est vrai que les deux conceptions diffèrent complètement l'une de l'autre : la novation romaine est une question de forme ; la novation française, une question d'intention, une simple application du principe de la liberté des conventions.

(1) *Sic* Feitu, *Tr. du compte courant*, n. 199 s., p. 271 s ; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1443, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 823; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, n. 302, p. 384; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, n. 1644. — Rouen, 18 déc. 1856, D. P., 57. 2. 157. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 282. — Civ. cass., 29 nov. 1871, S., 72. 1. 70, D. P., 73. 1. 82.

(2) C. comm. chilien, art. 607 : C. comm. italien, art. 345-1° ; C. comm. roumain, art. 370-1° ; C. comm. portugais, art. 346-2° ; C. comm. argentin, art. 775.

(3) Civ. cass., 17 oct. 1900, S., 1901. 1. 291.

(4) Gaius, III, §§ 177 et 178 ; Justinien, liv. III, tit. XXIX, § 3 ; Gaius indique toutefois que les Proculiens étaient d'un avis différent en ce qui concerne l'*adjectio aut detractio sponsoris*. — V. Paul Gide, *op. cit.*, p. 112-114. Cpr. Accarias, *op. cit.*, II, n. 693, p. 546.

(5) Girard, *op. cit.*, p. 676, p. 681.

2° *De la novation par changement de cause de la dette.*

1712. Je vous devais une certaine somme à titre de dépôt, et nous convenons que je la garderai à titre de prêt; ou, en sens inverse, je vous la devais à titre de prêt, et nous convenons qu'elle restera entre vos mains à titre de dépôt.

Je vous devais telle somme comme acheteur ou comme locataire, et vous me la laissez à titre de dépôt ou de prêt.

Dans ces divers cas et dans tous les cas analogues la dette primitive est novée. Il nous faut donc généraliser et dire : il y a novation toutes les fois qu'il est convenu entre les parties que l'objet dû au créancier à un certain titre lui sera dû désormais à un titre différent. C'est ce que les auteurs appellent la novation *par changement de cause* de la dette (1). On peut sans inconvénient employer ces expressions, à la condition toutefois d'observer qu'ici le mot *cause* est pris dans le sens de *cause efficiente* et, par conséquent, comme synonyme de *source, origine, titre* (2).

On a contesté que, dans les hypothèses dont nous parlons, il y eût novation. En d'autres termes on a refusé d'admettre l'existence d'une novation par changement de cause de la dette. C'est à propos de l'art. 1278 que M. Artur a soulevé la question. Voici l'énoncé du système de cet auteur : « Nous pensons, dit-il, ... pouvoir démontrer... que l'on a fait rentrer dans l'idée de novation bien des opérations juridiques qui s'en distinguent essentiellement. Qu'est-ce, en effet, qu'une novation ? C'est la substitution d'une dette nouvelle à une ancienne, mais opérée de telle façon que la création de la dette nouvelle soit la cause de l'extinction de l'ancienne, et réciproquement. Il faut qu'il y ait entre les deux dettes une relation tellement intime, que la seconde soit créée uniquement pour remplacer la première, et que l'idée, en quelque sorte, de créer la seconde ne fût pas venue à la pensée des parties si la première n'avait pas existé. Entre la première et la seconde dette, il ne doit pas s'interposer un contrat indé-

(1) Demolombe, XXVIII, n. 285 ; Planiol, II, n. 567 *in fine*.

(2) Timbal, *De la cause dans les contrats et les obligations* (thèse, Toulouse, 1882), p. 400 *in fine* et 401.

pendant et nouveau. C'est à ce compte seulement que *ceci remplacera cela,* de façon qu'il y ait une novation » (1). Et, plus loin, après avoir examiné un arrêt par lequel la cour suprême admet la novation dont nous parlons : « Ce qui cause l'illusion, c'est que la dette conserve le même objet, et qu'elle persiste entre les mêmes parties. Cela ne suffit pas : elle n'a plus la même cause, elle a une cause initiale nouvelle et indépendante. Toute substitution d'une dette à une autre dans les rapports des mêmes parties ne constitue pas une novation. L'essentiel, pour qu'il y ait une novation, c'est que la cause du rapport de droit n'ait pas changé; c'est qu'il n'y ait pas entre les mêmes parties deux contrats successifs, indépendants, se suffisant à eux-mêmes, et dont le second ne suppose nécessairement aucun rapport de droit antérieur ». Et M. Artur ajoute : « Il est facile de donner des exemples de cette succession de deux contrats, qui ne constitue pas une novation, du moins au sens de l'art. 1278. — Vous aviez reçu de moi à titre de dépôt une somme de 1.000 francs, je vous la laisse à titre de prêt : doit-on voir là une novation de la première dette? Non, c'est un contrat de prêt succédant à un contrat de dépôt : la seconde obligation ne dérive pas d'une novation, mais d'un prêt... » (2). Ainsi, en résumé, pour qu'il y ait novation, il faut que la nouvelle dette soit créée par un contrat qui implique nécessairement l'existence de la dette primitive. Sans doute, au résultat des opérations complexes indiquées plus haut (transformation d'un prêt en dépôt ou *vice versâ,* etc.), il se trouve qu'une première dette a disparu et qu'une autre a pris naissance, mais cela ne suppose pas forcément une novation. Dans les hypothèses prévues, ce résultat n'est obtenu que par deux opérations succes-

(1) *Toute substitution d'une dette à une autre constitue-t-elle une novation? A propos de l'art. 1278 du Code civil, Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* XXXIe année, nouv. série, XI (1882), p. 227. — M. Artur avait déjà défendu cette théorie dans sa thèse pour le doctorat, intitulée « *De la cause en droit romain et en droit français* » (Paris, 1878). — V. le chap. VIII de ce dernier ouvrage, p. 250-268 : *Y a-t-il des novations par changement de cause?* — On trouvera la réfutation détaillée du système de M. Artur dans Timbal, *op. cit.,* 2e partie, chap. III : *De la novation par changement de cause* (p. 375-401).

(2) Article précité, p. 228.

sives : un premier lien obligatoire est dissous par le mutuel dissentiment, puis un nouveau contrat est formé.

Avant de réfuter la théorie de M. Artur, déterminons l'intérêt de la question. Que cette théorie soit admise ou non, il y a, dans les hypothèses prévues, extinction de la dette primitive, et, par conséquent, purge de la demeure et interruption du cours des intérêts. Seulement, si l'on repousse avec M. Artur l'idée de novation pour s'en tenir à celle de deux contrats successifs, on ne saurait reconnaître au créancier le droit de réserver les hypothèques et privilèges qui garantissent la première obligation. Cette réserve est possible, au contraire, si on décide qu'il y a novation.

La théorie de M. Artur nous paraît découler d'une confusion entre la novation romaine et la novation moderne. En droit romain, la conversion d'un contrat en un autre contrat, par exemple celle d'un mandat en *mutuum* ou d'un louage en précaire ne fut jamais considérée comme une novation. C'est que la novation, comme les autres actes juridiques, avait des formes précises et obligatoires. Ses deux effets, extinction d'une dette et création d'une autre, ne pouvaient être obtenus que par une stipulation et étaient produits par une stipulation unique. Or, la stipulation, notamment quand elle servait à nover, était indécomposable. La simple volonté d'éteindre la première dette ne pouvait avoir aucun effet par elle-même. C'est seulement si elle était formulée en stipulation qu'elle atteignait son but, et la même stipulation qui donnait effet à cette volonté, engendrait en même temps et de toute nécessité la nouvelle obligation. Rappelons-nous qu'en droit romain l'obligation créée par la novation avait le même objet que l'obligation primitive et que la novation consistait dans une *transformation,* c'est-à-dire dans un changement de forme de la dette originaire. Or, évidemment, une obligation ne peut revêtir une nouvelle forme qu'en perdant sa forme primitive. La novation présentait donc essentiellement le caractère de l'unité [1].

Mais la notion romaine n'a point passé dans notre droit.

[1] Paul Gide, *op. cit.*, p. 4-18, p. 127-130 ; Timbal, *op. cit.*, p. 378-380.

Pothier a marqué très nettement la différence entre les deux législations : « Par le droit romain, dit-il, la novation ne se pouvait faire que par la stipulation. La forme de la stipulation n'est point d'usage dans notre droit; les simples conventions y ont la même force qu'avait par le droit romain la stipulation, c'est pourquoi la novation se fait par la simple convention » (1). Ainsi, en droit français, une convention quelconque, lorsqu'elle a pour effet de remplacer une obligation par une autre, est une novation : « Ce que nous appelons novation aujourd'hui, dit M. Paul Gide, c'est toute espèce de convention par laquelle on éteint une ancienne dette en lui substituant une dette nouvelle. Cette substitution peut revêtir les formes les plus variées... » (2). Et cet auteur, comme il écrivait quelques années avant que M. Artur émît sa théorie, pouvait ajouter : « Chez nous, chacun de ces actes, où l'on remplace un contrat par un autre, constitue, *de l'aveu de tous*, une novation proprement dite » (3).

Les paroles de Pothier, rapportées plus haut, montrent que nos anciens jurisconsultes avaient très bien compris la distinction qu'ils devaient faire entre la novation du droit romain et celle du droit français. Mais il ne faut pas croire qu'ils eussent simplement posé le principe de cette distinction. Ils avaient reconnu toute la portée de ce principe, et en avaient fait des applications qu'il nous importe de remarquer. Domat, notamment, voulant donner un exemple de novation « sans aucun changement de personnes, en changeant seulement la nature de l'obligation », s'exprimait de la sorte : « Si un héritier chargé d'un legs convient avec le légataire de lui faire une obligation causée de prêt pour la même somme qui lui a été léguée, sans que dans cette obligation il soit fait aucune mention du legs, et que ce légataire en donne sa quittance à cet héritier, il n'y aura aucun changement de personnes; mais on aura seulement changé la nature de l'engagement, substituant une obligation de prêt au lieu d'un legs dû par un testament. Et c'est cette première manière

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 593.
(2) *Op. cit.*, p. 3.
(3) *Op. cit.*, p. 4.

qu'on appelle novation qui fera la matière de ce titre ». Et plus loin : « Si après un contrat de vente dont le prix n'était pas encore payé, le vendeur prend une obligation de l'acheteur causée de prêt pour la même somme qu'il devait du prix de la vente, de sorte que le contrat de vente demeurera acquitté, et sans que dans la nouvelle obligation il en soit fait aucune réserve, le vendeur aura *innové* sa dette » (1). Ainsi, d'après Domat, il y a novation quand un héritier convient avec le légataire que la somme due en vertu du legs restera entre ses mains à titre de prêt, ou quand le vendeur convient avec l'acheteur que celui-ci gardera à titre de prêt, le montant du prix de vente. Or ces hypothèses sont au nombre de celles que nous avons en vue.

Sans doute il n'y a pas novation par cela seul que deux dettes se succèdent entre les mêmes parties; il faut en outre que la nouvelle dette soit destinée à éteindre l'ancienne ; que sa création se rattache ainsi à l'existence de l'obligation primitive. La novation suppose donc essentiellement un rapport de droit préexistant entre les personnes de qui elle émane. Seulement, pour que cette condition soit remplie, il n'est pas nécessaire, comme le prétend M. Artur, que l'opération par laquelle se réalise la novation ait un caractère de simplicité parfaite et qu'on ne puisse même pas en concevoir l'analyse. La formation de la nouvelle dette se rattache à l'extinction de l'ancienne, quand cette extinction ne résulte ni d'un paiement proprement dit ni d'une remise de dette, c'est-à-dire d'une libéralité. Or la circonstance qui exclut l'hypothèse d'une libéralité, c'est la substitution immédiate de la seconde obligation à la première. Ces conditions se rencontrent bien dans les cas dont il s'agit, car ils présentent tous cette double particularité que, sans intervalle de temps, une dette en remplace une autre, et que cette dernière n'a fait l'objet ni d'un paiement réel, ni d'une remise (2).

Nous n'aurions pas insisté autant que nous l'avons fait sur la théorie de M. Artur si elle était restée à l'état d'opinion iso-

(1) Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. IV, tit. III, préambule et section I, n. 1 (éd. Rémy, II, p. 252 et 263).

(2) Timbal, *op. cit.*, p. 387, *in fine* et 388.

lée. Mais elle a trouvé un partisan dans un des plus récents et des plus autorisés commentateurs du Code civil. M. Huc, il est vrai, après lui avoir donné son approbation la plus catégorique [1], formule à son égard, lorsqu'il arrive à l'étude de l'art. 1278, certaines réserves, et admet l'applicabilité de ce texte aux hypothèses que nous avons indiquées. Mais ces réserves nous paraissent manquer de logique, et il reste ce fait important que le savant magistrat, adoptant le principe posé par M. Artur, autorise par là même les autres à en déduire les conséquences, notamment l'inapplicabilité de l'art. 1278 aux divers cas prévus.

M. Huc constate que, suivant la plupart des auteurs, il y a novation par changement de dette lorsqu'une chose remise en dépôt ou lorsque des arrérages échus sont laissés au débiteur à titre de prêt; mais, tout en reconnaissant que, dans ces hypothèses, il y a création d'une obligation et extinction d'une autre, il estime que, toutefois, « il sera toujours impossible d'assimiler ces opérations à la véritable novation par changement d'objet, notamment... quant à l'application de l'art. 1278 » [2]. Plus loin, dans son commentaire de cet article, il pense qu'en refusant d'appliquer la disposition de ce texte aux hypothèses dont il s'agit, M. Artur s'est prononcé pour la solution rationnelle [3], mais il lui paraît *impossible* « en présence des termes généraux de l'art. 1278, de proscrire dans les espèces envisagées, la réserve des privilèges ou des hypothèques légales garantissant la première créance. *Il est certain, en effet, que la novation a depuis longtemps franchi les limites plus nettement définies qui lui étaient assignées par les traditions romaines.* En partant de cette idée que la novation n'existe qu'en vertu de la volonté des parties, on est arrivé à conclure qu'elle pouvait toujours se produire, en vertu de cette même volonté, même dans des circonstances où il y avait simplement succession de deux contrats plutôt que création d'une dette en vue de l'extinction

(1) VIII, n. 111, p. 149.
(2) VIII, n. 113, p. 151.
(3) VIII, n. 126, p. 165.

d'une autre » [1]. Mais n'est-ce pas la condamnation même de la théorie de M. Artur? N'est-ce pas la constatation de la différence profonde qui existe entre la novation romaine et la novation moderne?

Après avoir ainsi distingué le sytème romain du système français, M. Huc propose, bien inutilement, à notre avis, l'explication suivante : « Il serait téméraire de chercher à réagir contre cette manière d'appliquer l'art. 1278, et voici comment on peut, croyons-nous, résumer la pensée de la loi en pareille matière : Dans les successions d'obligations qui peuvent s'analyser en une opération *brevi manu,* la première dette est toujours éteinte avec ses accessoires. — Dans ces mêmes hypothèses la loi a admis que les parties pouvaient faire une novation, d'ailleurs parfaitement inutile pour consacrer le résultat ci-dessus. — Quand les parties font novation, elles peuvent *(contra rationem juris)* réserver expressément les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, mais seulement dans la mesure de cette même créance. De sorte que la novation, qui est un mode d'extinction des obligations et de leurs accessoires, ne pourra servir, dans le cas examiné, qu'à conserver les accessoires d'une dette ! » [2] Nous répondrons à M. Huc d'abord que, même si la pensée de la loi était bien ce qu'il dit, il n'y aurait point à regretter de ne pouvoir *réagir* contre la manière dont on applique l'art. 1278. Chercher à réagir serait plus qu'une témérité; ce serait une méconnaissance de la loi. Mais, à notre avis, la pensée de celle-ci n'est point celle que lui attribue M. Huc. Si, comme il le croit, la première obligation est éteinte antérieurement à la novation, les hypothèques et les privilèges qui la garantissaient sont dans le même cas. M. Huc suppose donc que le législateur a entendu autoriser par exception la réserve d'hypothèques et de privilèges déjà éteints. Certes, en effet, cette autorisation serait *contra rationem juris !* Mais il est absolument inutile de recourir à une pareille explication. Les auteurs du Code, imbus des idées

(1) VIII, n. 126, p. 166.
(2) *Op.* et *loc. cit.*

reçues dans notre ancien droit et adoptées notamment par Domat et Pothier, ont vu, dans les opérations dont il s'agit, de véritables novations : pour eux la première obligation n'est supprimée que par la formation de la seconde. Et cette conception n'a rien de choquant, puisque, dans les cas prévus, la nouvelle obligation succède à l'ancienne dans un instant de raison, et que l'extinction de la première dette n'a été produite auparavant ni par un paiement réel ni par une remise. Dans l'esprit du législateur, comme dans l'intention des parties, la création de la seconde obligation est ici la condition essentielle de l'extinction de l'autre, et cela justifie suffisamment l'idée de novation.

B. *De la novation subjective.*

1° *De la novation par changement de débiteur.*

1713. Il y a novation par changement de débiteur lorsqu'un nouveau débiteur vient s'engager envers le créancier, qui l'accepte à la place de l'ancien, en déchargeant celui-ci. Le créancier et la chose due restent donc les mêmes; le débiteur seul est changé.

On distingue deux variétés de novation par changement de débiteur : dans l'une il y a *délégation;* dans l'autre, *expromission.*

1714. a. *De la novation résultant d'une délégation.* — Il y a délégation lorsque le nouveau débiteur, qui vient s'engager envers le créancier, est *délégué,* c'est-à-dire procuré par l'ancien; c'est donc l'ancien débiteur qui prend l'initiative de la délégation, à la différence de ce qui a lieu, comme nous allons le dire, pour l'expromission. Ainsi, je vous dois 1.000 fr., je vous présente Paul qui consent à se charger de ma dette, et je vous propose de l'agréer comme débiteur à ma place, en me déchargeant; vous acceptez. Il y a *délégation;* ma dette envers vous est éteinte par une novation.

Pour le moment, nous nous en tenons à ce simple aperçu. La délégation ne produit pas toujours une novation. Dans certains cas, la dette qu'elle fait naître vient se juxtaposer à une autre, au lieu de la supprimer. Aussi reviendrons-nous

sur cette matière pour présenter une théorie générale de la délégation [1].

1715. b. *De la novation résultant d'une expromission.* — Si, au contraire, le nouveau débiteur, qui vient prendre la place de l'ancien, n'agit pas sur la prière de celui-ci, à son instigation, s'il agit spontanément ou sur l'initiative d'un tiers, c'est le cas de l'expromission. Ainsi un de mes amis vous doit 1.000 fr., il est peu solvable, et je sais que vous vous proposez d'exercer à l'échéance des poursuites rigoureuses contre lui ; je viens vous offrir spontanément de m'engager envers vous en son lieu et place, à la condition que vous le déchargiez ; vous acceptez. Il y a *expromission* [2].

1716. Il faut et il suffit, pour l'expromission, qu'un nouveau débiteur s'engage en vue de libérer l'ancien et que la substitution soit acceptée par le créancier : l'intervention du débiteur déchargé n'est nullement nécessaire : « *La novation » par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans » le concours du premier débiteur* ». Art. 1271. L'expromission peut avoir lieu sans que l'ancien débiteur en soit informé ; elle peut même se produire contre sa volonté. Cela se comprend : la novation présente de grandes analogies avec le paiement. Or le paiement peut être fait par un tiers à l'insu du débiteur ou malgré lui. Art. 1236 *in fine* [3].

[1] V. *infra*, n. 1743-1757.

[2] Le mot *expromissio* appartient à la langue du droit romain. Mais, tandis que beaucoup de commentateurs n'emploient cette expression que pour désigner la novation par changement de débiteur lorsque le nouveau débiteur s'est engagé spontanément, les textes l'appliquent à toute espèce de novation, par conséquent même à celle où le nouveau débiteur se présente sur l'ordre de l'ancien, même à celle où il n'y a changement ni de débiteur ni de créancier. L. 20, D., *De Sen. Maced.*, XIV, 6. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 692, p. 538, note 1 : Girard, *op. cit.*, p. 683, texte et note 1. — Peut-être cependant peut-on dire que les lois romaines emploient de préférence le terme *expromissio* quand le nouveau débiteur s'est présenté de lui-même. L. 22, D., *De Sen. Vell.*, XVI, 1.

[3] « La raison est que la novation, à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre chose que l'acquittement d'une dette, par la nouvelle que le tiers contracte en sa place : or on peut acquitter la dette d'un autre sans qu'il y consente..... » Pothier, *Oblig.*, n. 598 (édit. Dupin, I, p. 351). — « Dans le cas où la novation se fait par la substitution d'un débiteur, ce nouveau contrat peut se former sans le concours du premier débiteur : alors la novation n'est autre chose que l'acquittement de la première dette par la nouvelle que le tiers contracte, et ce tiers n'a point eu, pour payer en l'acquit du débiteur, besoin de son intervention ». Bigot-

1717. Non seulement l'expromission n'est pas subordonnée au consentement de l'ancien débiteur, mais l'acceptation de celui-ci n'est même pas nécessaire pour qu'elle soit irrévocable. Ainsi la première dette se trouve éteinte d'une façon définitive dès que le créancier et le nouveau débiteur se sont mis d'accord pour faire novation. Ceux-ci ne pourraient donc pas, même avant toute acceptation de l'ancien débiteur, revenir sur leur convention et faire revivre la dette novée.

Dira-t-on que l'expromission est une stipulation pour autrui et qu'il résulte de l'art. **1121** *in fine* qu'une pareille stipulation est révocable tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter? D'abord, en supposant qu'il y eût ici véritablement stipulation pour autrui, il faudrait admettre que le législateur a écarté, dans ce cas particulier, l'application de l'art. **1121**, sans quoi le maintien de l'expromission dépendrait de la volonté de l'ancien débiteur, et la disposition de l'art. **1274** n'atteindrait pas son but. D'ailleurs cette disposition a été écrite plutôt dans l'intérêt du créancier que dans celui de l'ancien débiteur. Mais il faut aller plus loin : dans notre cas, il ne s'agit pas d'une stipulation pour autrui, mais d'une sorte de paiement. Il faut donc appliquer ici la règle posée dans le second alinéa de l'art. **1236**, et, par conséquent, de même qu'un tiers peut, à l'insu du débiteur ou malgré lui, éteindre la dette en la payant, de même un tiers peut, à l'insu du débiteur ou malgré lui, éteindre la dette en la novant [1].

Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 276; Locré, XII, n. 147, p. 378. — C. civ. port., art. 804 : « La novation par changement de débiteur ne peut se faire sans le consentement du créancier. Mais elle peut s'opérer sans le consentement du premier débiteur, dans les cas où le paiement lui-même peut être fait sans le consentement du débiteur ». — C. civ. mexic., art. 1609 : « La novation par substitution d'un nouveau débiteur peut se faire sans le consentement du premier, sous les mêmes conditions que le paiement, mais non sans le consentement du créancier ». Ces dispositions ne font qu'énoncer des solutions qui découlent du jeu des principes. — V. aussi C. civ. esp., art. 1205. — Mais, aux termes de l'art. 514 du C. civ. japon. : « La novation par changement de débiteur s'opère par convention conclue entre le créancier et le nouveau débiteur, *pourvu que l'ancien débiteur ne s'y oppose pas* » (trad. Motono et Tomii, p. 124). Cette réserve est logique; elle est le corollaire naturel de cette autre disposition du même code : « Un tiers non intéressé n'est pas admis à faire le paiement contre la volonté du débiteur ». Art. 474, al. 2 (même traduct., p. 116).

[1] Demolombe, XXVIII, n. 304. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 222 *bis*-II.

1718. Si l'engagement du nouveau débiteur, au lieu d'éteindre l'ancienne obligation, vient simplement s'adjoindre à elle, ce débiteur — pour employer la terminologie romaine — est un *adpromissor*, et non pas un *expromissor* (1). C'est ce qui arrive lorsqu'il intervient comme caution ou comme codébiteur, soit conjoint, soit solidaire. En pareil cas, le nouvel engagement, bien loin d'éteindre la première obligation, a pour but d'en assurer l'exécution. Il n'y a donc pas expromission, puisque la condition essentielle de la novation, c'est-à-dire le remplacement d'une dette par une autre, fait défaut.

1719. Mais cette circonstance que l'ancien débiteur intervient comme caution du nouveau, ne fait pas obstacle à la novation, car l'obligation dont il est tenu désormais est toute différente de celle qui a été novée. Il est même vrai de dire que ce cautionnement suppose la novation, puisque, en sa qualité d'engagement accessoire, il vient s'appuyer sur la seconde obligation et que les parties ont subordonné la naissance de celle-ci à la suppression de la première dette (2).

1720. Il ne faut pas confondre avec l'expromission la novation improprement dite dont il est question dans l'art. 879 C. civ. Cette novation spéciale se produit quand les créanciers héréditaires ou les légataires, en faisant avec l'héritier ou contre lui des actes supposant qu'ils le considèrent comme propriétaire de la succession, ratifient tacitement la confusion des patrimoines résultant de l'acceptation pure et simple. Dans cette hypothèse, il n'y a pas substitution d'un débiteur à un autre, car l'héritier continue la personne du défunt, et le fait qualifié de novation par l'art. 879 a simplement pour conséquence de confirmer les effets naturels de cette continuation (3).

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 557 et s. ; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 479.

(2) Demolombe, XXVIII, n. 306.

(3) V. notamment en ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, III, n. 4105-4107, p. 252-254. A la note 3 de la page 252 se trouvent indiquées les autorités en sens divers. — *Adde*, pour l'opinion admise au texte, un arrêt très important de la cour de Bordeaux, en date du 17 décembre 1895. On lit dans cette décision : « Attendu que la novation dont parle l'art. 879 n'est nullement celle prévue par les art. 1271 et suivants, puisque, par l'effet même de la saisine et indépendamment de toute autre circonstance ou condition, l'héritier devient le représentant

2° *De la novation par changement de créancier.*

1721. Le second cas de novation subjective est la novation par changement de créancier. Il résulte des principes généraux posés ci-dessus que, pour cette novation, l'ancien créancier doit donner son consentement, car elle implique, de sa part, une renonciation [1]. Mais ce qu'il y a de particulier dans cette hypothèse, c'est que la novation par changement de créancier ne se rencontre pas nécessairement toutes les fois qu'un créancier est substitué à un autre. Elle suppose, en effet, que cette substitution est produite « par l'effet d'un nouvel engagement ». Art. 1271-3°. Il faut donc que le débiteur s'oblige envers le nouveau créancier et que celui-ci accepte la promesse.

1722. C'est dire que la novation par changement de créancier diffère essentiellement de la cession de créance. Dans celle-ci, il n'y a pas formation d'une nouvelle obligation. C'est l'ancienne créance qui passe telle quelle, c'est à-dire avec ses modalités, ses accessoires et aussi avec les vices dont elle peut être infectée, sur la tête d'un nouveau sujet actif. Voilà pourquoi la cession de créance peut avoir lieu sans le consentement du débiteur et même contre le gré de celui-ci.

Il existe, au surplus, entre les deux opérations une autre différence qui présente un grand intérêt pratique. Elle est relative aux conditions requises pour que la cession de créance et la novation par changement de créancier soient opposables aux tiers. En ce qui concerne la première, il faut qu'elle ait été signifiée au débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique, tandis que la novation par changement

juridique du défunt; que, d'après une doctrine presque unanime, l'art. 879 doit être interprété en ce sens que les créanciers héréditaires et les légataires qui ont suivi la foi de l'héritier, en faisant avec lui ou contre lui des actes qui supposent nécessairement, de leur part, l'intention d'accepter sans réserve les effets de la confusion définitivement opérée par l'acceptation pure et simple de la succession, ne sont plus désormais recevables à invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines ». *Journ. des arr. de la Cour d'ap. de Bord.*, 1896, I, p. 87 *in fine* et p. 88.

[1] Nancy, 21 fév. 1877, D. P., 78. 2. 14.

de créancier est de plein droit opposable aux tiers dès qu'elle a date certaine [1].

1723. On a prétendu que lorsqu'un débiteur remet à son créancier des billets en blanc et que ces billets passent ensuite entre les mains d'un tiers bénéficiaire, il y a novation par changement de créancier. En souscrivant les billets en blanc, a-t-on dit, le débiteur a certainement l'intention de se libérer, mais il n'éteint sa dette actuelle qu'en s'engageant envers celui au nom duquel le blanc est plus tard rempli. Voilà bien les caractères que l'art. 1271-3° assigne à la novation par changement de créancier [2]. Cette décision est critiquée de la manière suivante dans le *Supplément au Répertoire alphabétique* de Dalloz : Le débiteur qui souscrit les billets en blanc s'engage à en payer le montant à son créancier ou au cessionnaire de celui-ci. Lorsque, dans la suite, le créancier remplit le blanc au nom du tiers, il consent à ce dernier une cession de créance. Cette circonstance que le transfert, au lieu d'avoir été réalisé par la voie de l'endossement, s'est fait par l'inscription du nom sur le titre même, ne peut rien changer à la nature de l'opération [3]. Avec l'auteur de cette critique, nous pensons que, dans le cas prévu, il n'y a pas novation par changement de créancier. Mais, à nos yeux, il n'y a pas davantage cession de créance. L'opération s'analyse en une stipulation pour autrui [4].

1724. La novation par changement de créancier ne doit pas être, non plus, confondue avec la subrogation. Celle-ci n'est qu'une cession fictive. Le créancier, au moment même où il reçoit le paiement, est censé céder la créance à celui qui paie. Aussi le débiteur peut-il rester étranger à la subrogation, sauf dans les cas où elle émane de sa propre initiative. La novation par changement de créancier, au contraire, ne peut pas s'opérer sans le concours du débiteur. Ajoutons que

(1) V. notamment Demolombe, XXVIII, n. 330; Laurent, XVIII, n. 295; Huc, VIII, n. 123. — Nancy, 21 fév. 1877, précité.

(2) Trib. civ. d'Annecy, 5 janv. 1884, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1023.

(3) *Op.* et *loc. cit.*

(4) V. notre tome I, n. 177.

la novation, à la différence de la subrogation, est toujours conventionnelle [1].

1725. La novation par changement de créancier, supposant la substitution d'un créancier à un autre, ne résulte pas de « *la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui* » . Art. 1277, al. 2. Cela va de soi. Les conditions essentielles de la novation ne se rencontrent pas dans l'hypothèse. Le créancier n'a certes pas l'intention de renoncer à son droit. Le débiteur ne s'engage pas envers la personne désignée pour recevoir le paiement [2]. Cette personne est appelée à toucher non pour son propre compte, mais pour celui du créancier dont elle est le mandataire [3]. C'est elle qui, en droit romain, était désignée sous le nom d'*adjectus solutionis gratiâ* [4].

1726. Le paiement que le débiteur fait à son créancier au préjudice d'une saisie ou opposition, n'est pas valable à l'égard du saisissant ou opposant. Art. 1242 C. civ. Mais il ne faut pas en conclure qu'une saisie-arrêt produit une novation par changement de créancier. Elle oblige simplement le tiers-saisi à suspendre, pour la garantie des droits du saisissant, le paiement de la dette.

Il y a si peu novation que le paiement fait au mépris de la saisie-arrêt, quoique non opposable au saisissant, a pour effet de libérer le débiteur au regard du saisi, son créancier.

IV. *Capacité des parties.*

1727. La novation étant une cause d'extinction des obligations, implique nécessairement de la part du créancier qui y consent une renonciation à sa créance : il l'aliène, ou mieux il l'abdique, pour en acquérir une autre à la place. Il faut donc que le créancier qui fait novation ait la capacité requise

(1) V. notre tome II, n 1522, 1541-1566. — Nancy, 15 mars 1873, D. P., 73. 2. 229. — Req., 20 avril 1874, D. P., 74. 1. 343. — Bordeaux, 19 mars 1879, S., 80. 2. 78 ; 2 avril 1879, S., 81. 1. 79, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1022-4°.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 605, dern. al. (édit. Dupin, *loc. cit.*), et n. 516, dern. al., (même édit., I, p. 309).

(3) Civ. cass., 11 janv. 1893, S., 94. 1. 12, D. P., 95. 1. 179.

(4) Papinien, L. 95, § 5, D., *De solut. et liber.*, XLVI, 3. — Accarias, *op. cit.*, II, n. 546, p. 135-137 ; Girard, *op. cit.*, p. 458, note 1.

pour renoncer à sa créance, pour en disposer. C'est notamment cette idée que le législateur a voulu exprimer dans l'article 1272, ainsi conçu : « *La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter* ».

Ainsi, pour pouvoir valablement nover une créance, il ne suffit pas d'avoir la capacité requise pour en recevoir le paiement. La solution contraire était admise en droit romain (1), mais on avait dû y déroger dans beaucoup de cas. Cela même était de nature à la rendre suspecte. Néanmoins Pothier l'avait reproduite (2). Aussi, d'après lui, un créancier solidaire, un tuteur, un curateur, un mari pouvait faire novation (3). Le système du Code est bien plus conforme aux principes. La novation présente sans doute une certaine analogie avec le paiement, mais elle en diffère à un point de vue essentiel. Le créancier qui nove ne reçoit point l'objet de la créance. Et non seulement il ne le reçoit pas, mais il consent à perdre le droit de le demander. Il dispose de ce droit. Le créancier qui est capable au point de vue du paiement ne l'est donc pas nécessairement au point de vue de la novation (4).

1728. Par application du principe que nous venons de poser, il faut décider, contrairement à l'avis de Pothier, qu'un créancier solidaire ne pourrait pas, sans le consentement de ses cocréanciers, faire novation pour la part de ces derniers. De ce qu'il est capable de recevoir le paiement intégral de la créance il ne s'ensuit point qu'il soit capable de nover celle-ci pour la totalité (5).

1729. La même solution est-elle vraie pour le tuteur? La réponse dépend de l'opinion qu'on adopte relativement au point de savoir si, en principe, le tuteur agit valablement pour le compte du pupille, sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et les actes de disposition (6). Les

(1) L. 10, D., *De novat. et deleg.*, XLVI, 2.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 591.

(3) *Op. cit.*, n. 591 *in fine*, et 592.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 214, texte et note 19; Demolombe, XXVIII, n. 263; Laurent, XVIII, n. 255-256.

(5) V. notre tome II, n. 1156 et les auteurs cités. — *Adde* Planiol, II, n. 763.

(6) Pour l'affirmative, voir notamment Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, 6e éd., I, n. 1067-1068, et 7e éd., n. 1241-1242, et les arrêts cités.

auteurs qui résolvent cette dernière question par l'affirmative doivent admettre que le tuteur peut nover (1). La solution contraire s'impose à ceux qui restreignent les pouvoirs du tuteur aux actes d'administration, car, nover une créance, c'est faire un acte de disposition (2) ; nous n'avons pas à examiner ici une controverse dont, logiquement, l'exposé ne saurait trouver place que dans l'étude des règles de la tutelle. Nous dirons simplement que la première opinion nous paraît préférable.

1730. D'ailleurs cette formule : « La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter » implique aussi l'idée que le sujet passif du nouvel engagement doit avoir la capacité de s'obliger. Toutefois, alors même que cette condition ne se rencontre pas, la novation s'opère. Seulement, dans ce cas, la seconde obligation est annulable ou rescindable pour cause d'incapacité du débiteur, et, si elle est infirmée, la novation est anéantie. Dans ce dernier cas, la première obligation revit, à moins que, d'après l'intention des parties, il ne doive en être autrement. Cela résulte d'explications données plus haut (3).

Quelques auteurs ont cependant prétendu que l'annulation ou la rescision du nouvel engagement pour cause d'incapacité ne fait pas tomber la novation ni, par conséquent, renaître la première créance, une obligation naturelle survivant à cette annulation (4). Mais, ceux-là mêmes qui admettent cette dernière proposition (5), ne sont pas autorisés à dire que, dans

(1) Dans ce sens Demolombe, XXVIII, n. 265, et VII, n. 668 ; Larombière, V, p. 10 (art. 1272, n. 4) ; Huc, III, n. 384, p. 371 *in fine*, et VIII, n. 107 *in fine*.

(2) Laurent, XVIII, n. 256, al. 2, p. 274. Rappr. V, n. 40-42, p. 45-49. — MM. Aubry et Rau font une distinction. D'après eux, le tuteur « ne peut consentir la novation d'une obligation garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, à moins que l'hypothèque ne soit réservée, ou que la caution n'accède au nouvel engagement. Que s'il s'agissait d'une créance chirographaire, qui ne fût garantie par aucune sûreté spéciale, rien ne s'opposerait à ce que le tuteur en fît une novation sous sa responsabilité personnelle... » IV, p. 214 *in fine*. Mais cette distinction manque de base. Il faut donner la même solution pour les deux cas. — Cpr. Demolombe, Huc et Laurent, *loc. cit.*

(3) V. *supra*, n. 1696. — V. aussi Marcadé, IV, n. 749.

(4) Delvincourt, II, p. 565 et 566; Toullier, IV, n. 298; Duranton, XII, n. 282 ; Larombière, V, p. 10 (art. 1272, n. 2).

(5) Nous rappelons que cette proposition fait l'objet d'une controverse. — V. notre tome II, n. 1660.

notre cas, la novation est maintenue. Le créancier qui fait novation doit être réputé vouloir que le nouvel engagement ait le caractère d'obligation civile. Rien, en effet, ne permet de lui attribuer l'intention de se contenter d'un engagement dont l'exécution ne pourrait pas être exigée. On doit, par suite, décider que lorsque la seconde obligation dégénère en obligation naturelle, la condition que le créancier a mise à sa renonciation n'est pas remplie et que l'ancienne créance revit [1].

Au surplus l'opinion que nous repoussons est particulièrement insoutenable dans le cas où le débiteur est le même pour les deux obligations successives; car ce débiteur, si, à raison de son incapacité, il fait annuler ou rescinder le nouvel engagement, est tenu de restituer au créancier le bénéfice qu'il a retiré de la novation; en d'autres termes, il ne peut se prévaloir de l'extinction de la première dette. Arg. art. **1312** [2].

V. *Intention de nover.*

1731. La novation, avons-nous dit, suppose essentiellement, de la part du créancier qui y consent, une renonciation à sa créance. Or une renonciation à un droit ne se présumant jamais, il s'ensuit que celle dont nous parlons ne peut résulter que d'une volonté certaine [3] : « *La novation ne se présume point* », dit l'art. **1273**, « *il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* » [4].

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 751-753; Colmet de Santerre, V, n. 219 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p. 215, texte et note 23; Demolombe, XXVIII, 252; Laurent, XVIII, n. 257 *in fine*, p. 276. — On trouvera dans Marcadé et dans Demolombe la réfutation de deux autres objections, qui, à notre avis, ne méritent pas d'être examinées.

(2) Aubry et Rau, note précitée, *in princ.;* Demolombe, XXVIII, n. 253.

(3) « Toute novation étant un nouveau contrat substitué à l'ancien, il faut que la volonté de former ce contrat résulte clairement de l'acte. La renonciation aux droits que donnait la première obligation ne doit pas dépendre d'une présomption... ». — Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 276; Locré, XII, n. 146, p. 377. — Voir une application dans Civ. cass., 8 août 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 548. — V. aussi Trib. com. Bergerac, 1er mai 1899, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1900. 2. 5. — Trib. com. Marseille, 9 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 633.

(4) D'ailleurs la novation est le résultat d'un contrat, et, d'une façon générale,

En disant que la volonté de nover doit *résulter clairement de l'acte*, la loi entend-elle dire que cette volonté doit nécessairement être constatée par écrit ? Non ; ce serait faire de la novation un contrat solennel, et on ne verrait pas la raison d'être d'une semblable disposition. Le mot *acte* est pris ici non dans le sens d'acte instrumentaire, mais pour désigner le fait juridique intervenu entre les parties, la convention en un mot. Ainsi la loi veut dire que l'intention de nover doit résulter clairement de la convention. On peut, d'ailleurs, en ce sens, tirer un argument de la disposition de l'art. 1275 : d'après ce texte, qui formule une exigence exceptionnelle relativement à la délégation, il faut simplement, pour que celle-ci opère novation, que le créancier déclare *expressément* sa volonté de décharger le déléguant. Cette disposition n'aurait pas de sens si, d'une façon générale, l'intention de nover devait être manifestée par écrit (1).

Sauf l'exception que nous venons de trouver dans l'art. 1275, il n'est même pas nécessaire que la volonté de nover soit exprimée ; il suffit qu'elle soit certaine, et elle peut avoir ce caractère bien qu'elle ne soit manifestée que tacitement. En d'autres termes, pour que la novation ait lieu, il suffit que l'intention de l'opérer ressorte des faits (2).

Par application du principe que la volonté de nover doit résulter clairement de la convention, la jurisprudence décide avec raison que lorsque le bailleur d'un immeuble reçoit des mains d'un sous-locataire le prix de loyers échus, sans réserver expressément ses droits contre le locataire principal, ce fait ne suffit point pour entraîner novation de sa créance, car il ne suppose pas nécessairement, chez le bailleur, l'intention

tout contrat suppose chez les parties la volonté certaine de le former. — V. la citation faite à la note précédente. — V. aussi Besançon, 11 janvier 1883, D. P., 83. 2. 211, S. sous Req., 19 mai 1884, S., 85. 1. 113. — V. application dans Civ. cass., 8 août 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 548.

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 764 ; Laurent, XVIII, n. 260, p. 278 ; Planiol, II, n. 571. — Nancy, 23 juillet 1895, D. P., 96. 2. 182. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 223 *bis*-IV.

(2) « Si on n'exige pas une déclaration en termes précis et formels, il faut au moins que l'intention ne puisse être révoquée en doute ». — Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*. Fenet, XIII, p. 276 ; Locré, XII, n. 146, p. 377.

de décharger le locataire principal pour lui substituer le sous-locataire [1].

1732. Souvent, en pratique, le créancier, pour le règlement de l'obligation, accepte des billets à lui souscrits par son débiteur ou tire des lettres de change sur ce dernier. Faut-il dire que, dans cette hypothèse, les parties entendent remplacer l'ancienne dette par une nouvelle naissant de la création des effets de commerce ? Aujourd'hui la négative a complètement triomphé. Les parties, en recourant au procédé dont il s'agit, n'ont point l'intention de nover l'obligation [2]. Elles veulent simplement donner au créancier le moyen d'être payé plus facilement. En effet, rien dans l'opération n'implique la volonté de changer la dette : le souscripteur ou le tiré s'engage à payer. Cette promesse n'altère certainement pas les éléments essentiels de l'obligation primitive. C'est surtout lorsque la créance est pourvue de garanties qu'apparaît tout ce qu'il y a d'inadmissible dans le système contraire : Le vendeur d'un immeuble accepte en paiement des billets à ordre; supposer qu'il a eu l'intention de nover, c'est supposer aussi qu'il a renoncé à son privilège, qu'il a sacrifié sa meilleure chance de paiement : est-ce raisonnable ? Il n'y aurait donc lieu d'admettre ici la novation que si la création des effets de commerce était, en elle-même, incompatible avec le maintien de l'ancienne dette. Or, évidemment, cette incompatibilité n'existe pas [3].

[1] Bordeaux, 6 mai 1897, D. P , 97. 2. 495. — V. aussi Req., 13 mars 1872, S., 72. 1. 331, D. P., 72. 1. 254.

[2] V. toutefois Thaller, *De la manière pratique et commerciale de comprendre les recours de change, Annales de droit commercial*, 1891, *Doctrine*, p. 269 s., et 1892, *Doctrine*, p. 1 s.; J. Aubin, *De l'influence de la création et de la transmission de billets à ordre ou de lettres de change sur les rapports juridiques antérieurs existant entre les parties*, même Revue, 1899, *Doctrine*, p. 294 s.

[3] *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Novation*, § 5, *in fine*: Pardessus, *Droit comm.*, I, n. 221; Marcadé, IV, n. 767 : Aubry et Rau, IV, p. 218, texte et note 34; Demolombe, XXVIII, n. 297; Larombière, V, p. 16 (art. 1273, n. 8); Laurent, XVIII, n. 283; Huc, VIII, n. 113; p. 151 *in fine*, Planiol, II, n. 572; Giorgi, VII, n. 398. — Paris, 13 juil. 1850, D. P., 51. 5. 366. — Bruxelles, 23 juil. 1850, *Pasicr.*, 50. 2. 337. — Caen, 20 juin 1859, S., 60. 2. 51; D. *Répert. alph.*, v° *Trav. publ.*, n. 678. — Liège, 26 déc. 1866, *Pasicr.*, 67. 2. 161. — Req., 5 août 1878, S., 79. 1. 301, D. P., 79. 1. 71. — Caen, 3 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 289. — Bruges, 13 déc. 1886, *Pasicr.*, 87. 3. 132. — Trib. civ. Loudun, 14 janv. 1888, *Gaz. Pal.*,

Mais si, en recevant les billets, le créancier donne quittance pure et simple, c'est-à-dire sans formuler aucune réserve de la créance primitive, faut-il maintenir notre solution? Oui, certainement. Par la quittance, même ainsi conçue, le créancier reconnaît simplement qu'on lui a remis les effets et que, s'ils sont payés, l'obligation sera éteinte. Cette quittance est donc essentiellement conditionnelle. Comment prétendre que la volonté de nover en résulte *clairement?* (1).

A plus forte raison n'y a-t-il pas novation quand le créancier se borne à accuser réception des billets à ordre qui lui ont été envoyés (2).

Quelques décisions reconnaissent qu'il n'y a pas novation lorsque les billets expriment la cause pour laquelle ils ont été souscrits. La cour de Lyon, par exemple, a jugé que le vendeur qui accepte en paiement de son prix des billets causés « valeur en prix d'immeubles » et consent quittance dudit prix, ne fait pas novation de sa créance et conserve, en conséquence, le droit d'exercer l'action résolutoire, à défaut de paiement de ces billets (3). Mais cette circonstance que la cause est exprimée ne saurait avoir ici aucune influence. Elle

88. 1. 383. — Gand, 14 avril 1888, *Pasicr.*, 88. 2. 397. — Trib. civ. Tours, 29 sept. 1888, *Gaz. Trib.*, 18 nov. 1888. — Alger, 13 mai 1895, D. P., 97. 2. 301. — Trib. com. Saint-Etienne, 28 nov. 1899, *Mon. judic. Lyon*, 4 déc. 1899. — Trib. civ. de Bordeaux, 2 janv. 1900, joint à Bordeaux, 18 juin 1900, D. P., 1901. 2. 76. — Lyon, 9 mai 1900, *Droit*, 22 sept. 1900. — Pour les décisions antérieures, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1271, n. 88 s. — *Contra*, Duranton, XII, n. 287.

(1) Laurent, XVIII, n. 283 *in fine;* Huc, *loc. cit.* — Toulouse, 22 fév. 1840, S., 40. 2. 126, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2417. — Civ. cass., 22 juin 1841, S., 41. 1. 473, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 1681. — Trib. civ. de Lyon, 7 fév. 1883, *Mon. judic. de Lyon*, du 25 avril 1883. — Toulouse, 8 mai 1888, D. P., 89. 2. 208. — Cpr. Req., 27 mars 1821, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2422-2°. — Lyon, 6 août 1840, D., *op. et v° cit.*, n. 2424. — Caen, 3 janv. 1849, S., 49. 2. 640, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 617.

(2) Bruxelles, 8 juill. 1825, *Pasicr.*, 1825, p. 447.

(3) Lyon, 9 mars 1858, S., 58. 2. 523, D. P., 60. 1. 269. — V. aussi Liège, 1er mai 1820, *Pasicr.*, 1820, p. 114. — Lyon, 29 déc. 1830, D., *Répert. alph.*, v° *Assur. terr.*, n. 180. — Limoges, 4 fév. 1835, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2428-2°. — Gand, 10 août 1835, *Pasicr.*, 35. 2. 306. — Cass. belge, 27 fév. 1837, *Pasicr.*, 37. 1. 40. — Orléans, 6 sept. 1842, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2428-3°. — Caen, 3 janv. 1849, S., 49. 2. 640, D. P., 51. 2. 103. — Paris, 18 mai 1850, D. P., 50. 2. 176.

ne présente d'importance qu'au point de vue de la preuve de la cause. Qu'elle se rencontre ou non, la souscription des effets a simplement pour but de faciliter le paiement de la créance primitive [1].

Peu importe que les billets soient souscrits « pour solde de compte »; cette mention ne doit pas être considérée comme emportant novation. En déterminant le solde d'une créance, on n'atteint nullement celle-ci dans ses conditions d'existence [2].

Il n'y a rien de particulier à dire ici en ce qui concerne le renouvellement des effets de commerce. Pas plus que la création des effets originaires, il n'emporte novation. Il ne change rien ni dans la nature ni dans l'objet de l'obligation. C'est donc une simple prorogation d'échéance [3].

1733. Mais comment l'intention de nover devra-t-elle être prouvée? Sur ce point, la loi ne renferme aucune disposition spéciale; il y aura donc lieu d'appliquer ici le droit commun [4]. Cela conduit à dire que la preuve testimoniale et même les simples présomptions seront inadmissibles, s'il s'agit de moins de 150 fr. ou s'il y a commencement de

(1) Laurent, XVIII, n. 289 *bis*.

(2) Laurent, XVIII, n. 290. — Cpr. Liège, 12 déc. 1826, *Pasicr.*, 1826, p. 315. — Bruxelles, 4 mars 1844, *Pasicr.*, 44. 2. 112. — V. cep. Lyon, 2 août 1889, *Mon. jud. Lyon*, du 19 déc. 1889.

(3) Laurent, XVIII, n. 292; Huc, VIII, n. 113, p. 152; Giorgi, *op. cit.*, VII, n. 402. — Limoges, 31 janv. 1857, S., 58. 2. 90. — Civ. rej., 23 août 1871, S., 71. 1. 133, D. P., 71. 1. 323. — Req., 1er fév. 1876, S., 76. 1. 149, D. P., 78. 1. 229. — Trib. Annecy, 26 nov. 1886, *Droit* du 24 déc. 1886. — Toulouse, 8 mai 1888, D. P., 89. 2. 208. — D'après Massé, il faudrait distinguer : si les billets primitifs demeurent aux mains du porteur, il n'y aurait pas novation. S'ils sont détruits ou rendus au souscripteur, on devrait se prononcer en sens contraire, *Dr. comm.*, IV, n. 2206. — Mais peut-on, même dans la seconde hypothèse, dire que la volonté de nover résulte clairement de l'acte, ainsi que l'exige l'art. 1273? Si le porteur anéantit les anciens billets ou s'il les rend au souscripteur, c'est parce que, à raison de la prorogation qu'il a accordée par le renouvellement, ils ne lui sont plus utiles. Laurent, *loc. cit.*

(4) Req., 14 mars 1834, S., 34. 1. 257, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, 5053. — Rouen, 10 juin 1835, S., 35. 2. 361, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 2452. — Req., 12 déc. 1866, S., 68. 1. 70, D. P., 67. 1. 433. On lit dans cette dernière décision : « L'article 1273.. , s'il déclare que la novation ne se présume pas et veut qu'elle soit prouvée, ne prescrit, pour l'établir, aucun mode spécial de preuve, et maintient, en ce qui la concerne, les principes et les règles du droit commun ». — *Adde* Angers, 29 juil. 1868, D. P., 69. 2. 8.

preuve par écrit (1). Il résulte encore de notre principe qu'en matière commerciale la novation peut toujours être établie par une de ces deux espèces de preuves, quelle que soit l'importance de l'intérêt du litige (2).

Il ne faudrait pas objecter que la loi proscrit la preuve par simples présomptions quand elle dit : *La novation ne se présume point.* Art. 1273. Il nous paraît certain que ces mots ont le même sens que la formule par laquelle se termine l'article 1116; ils signifient donc simplement que, dans le doute, la novation ne se suppose pas (3).

1734. Les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation en tant qu'il s'agit d'interpréter les termes des actes ou de déterminer les circonstances de l'espèce pour constater si les parties ont eu l'intention de nover (4).

Mais leur décision peut être soumise au contrôle de la cour suprême sur le point de savoir si l'on trouve dans les actes, tels qu'ils les ont interprétés, ou dans les circonstances, telles

(1) Req., 9 juil. 1834, S., 34. 1. 805, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 1351. — Req., 14 mars 1834, et Rouen, 10 juin 1835, précités. — Cass. Belgique, 29 juil. 1841, *Pasicr.*, 42. 1. 15. — Req., 12 déc. 1866, précité; 27 nov. 1893, D. P., 94. 1. 60; 24 juil. 1883, S., 85. 1. 119. D'après cette dernière décision, le commencement de preuve par écrit peut résulter de comptes courants adressés par un banquier à un créancier et approuvés par celui-ci et de procès-verbaux d'atermoiements consentis par le créancier et signés par lui.

(2) Req., 31 mai 1854, S., 55. 1. 46, D. P., 54. 1. 348, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2501. — Angers, 29 juil. 1868, D. P., 69. 2. 8. — Lyon, 10 mars 1871, *Rec. des arrêts de Lyon*, 1871, p. 272. — Req., 1er déc. 1873, D. P., 74. 1. 482; 4 janv. 1888, D. P., 88. 1. 37; 19 nov. 1888, S., 89. 1. 72, D. P., 89. 5. 327. — Trib. civ. de Bourgoin, 25 janv. 1889, *Monit. judic. de Lyon*, 25 juin 1889.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 217, note 29; Demolombe, XXVIII, n. 270; Laurent, XVIII, n. 261. — Req., 19 nov. 1888, précité.

(4) Req., 25 avril 1855, S., 55. 1. 712; 16 mars 1857, D. P., 57. 1. 347; 3 juin 1874, D. P., 75. 1. 468; 28 mars 1877, D. P., 77. 1. 501; 5 fév. 1884, D. P., 84. 1. 286; 19 mai 1884, S., 85. 1. 113. — Civ. rej., 25 fév. 1885, S., 85. 1. 493, D. P., 85. 1. 281. — Civ. cass., 17 juin 1885, D. P., 86. 1. 215. — Civ. rej., 18 nov. 1885, S., 88. 1. 245. — Req., 22 déc. 1885, S., 87. 1. 163. — Civ. cass., 9 fév. 1887, D. P., 87. 1. 269; 20 fév. 1894, S., 94. 1. 185. — Par application de ce principe, est souveraine l'appréciation des juges du fait décidant, par interprétation des statuts d'une société anonyme antérieure à la loi du 24 juillet 1867, que le fait, par le conseil d'administration, d'avoir agréé le cessionnaire d'actions nominatives de ladite société, comme nouvel associé, au lieu et place du cédant, a opéré novation et a, en conséquence, libéré ce dernier. Arrêt précité du 20 fév. 1894. — V. encore Req., 8 mai 1895, D. P., 95. 1. 444. — Civ. rej., 15 mai 1895, D. P., 95. 1. 423. — Req., 12 mai 1896, D. P., 96. 1. 472.

qu'ils les ont déterminées, les conditions et les caractères légaux de la novation (1).

Cette distinction paraît ne pas avoir été aperçue d'abord par la cour de cassation (2); mais, aujourd'hui, elle a triomphé en doctrine et en jurisprudence (3).

(1) Civ. cass., 22 juin 1841, S., 41. 1. 473, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2505-1°. — Req., 19 août 1844, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2505-2°; 18 avril 1854, S., 55. 1. 44, D. P., 54. 1. 347; 31 mai 1854, précité. — Civ. cass., 17 déc. 1862, S., 63. 1. 247. — Req., 12 déc. 1866, précité. — Civ. cass., 29 nov. 1871, S., 72. 1. 70. — Req., 3 juin 1874, et Civ. cass., 20 fév. 1894, précités. — On lit dans l'arrêt précité du 22 juin 1841 : « Attendu que la novation ne se présume point; que la volonté de l'opérer doit résulter *clairement* de l'acte; que l'art. 1271 C. civ. énonce les conditions légales de la novation; que, dès lors, en cette matière, il ne suffit pas que les juges aient déclaré que la volonté des parties d'opérer la novation résulte clairement de l'acte; qu'il faut encore qu'ils déclarent comment cette novation s'est opérée et qu'il ressort évidemment de l'acte interprété que la position respective des parties ou la nature de l'obligation ont été changées d'une des trois manières prévues par la loi; qu'en cet état, la cour de cassation a le droit et le devoir de comparer les déclarations des juges avec les dispositions de l'art. 1271 C. civ. ».

(2) Req., 19 juin 1832, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2445. — V. aussi ce même ouvrage, v° *cit.*, n. 2502-2503. — *Sic* Duranton, XII, n. 284.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 220-221; Larombière, V, p. 12 *in fine* (art. 1273, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 271; Laurent, XVIII, n. 263; Huc, VIII, n. 110, p. 147 *in fine*, 148. — La distinction est faite avec une précision remarquable dans l'arrêt précité du 12 déc. 1866. On lit dans cette décision : « Sur le même moyen pris de l'insuffisance prétendue des présomptions dans lesquelles l'arrêt trouve la preuve complète de la novation... Attendu qu'à ce point de vue l'arrêt attaqué ne saurait tomber sous la censure de la cour de cassation; qu'en effet, en matière de novation, comme en toute autre matière, une ligne de démarcation, nettement tranchée, sépare son pouvoir de révision du pouvoir souverain du juge du fond; que cette ligne commence là où s'arrête le fait et où le droit apparaît; que la loi définissant la novation et déterminant, avec ses caractères essentiels, les divers modes par lesquels elle peut s'opérer, il est du droit et du devoir de la cour de cassation de vérifier si, dans les constatations de la décision qui lui est déférée, ses caractères légaux et les conditions essentielles auxquelles elle est soumise se rencontrent; mais qu'elle excèderait sa mission et empièterait sur le domaine du juge du fond, en contrôlant, pour les rectifier au besoin, les faits qu'il constate, les interprétations qu'il donne aux actes, les conséquences qu'il en induit et les appréciations d'intention sur lesquelles il se fonde pour déclarer l'existence de tous les éléments constitutifs de la novation, éléments parmi lesquels se place, au premier ordre, la volonté de l'opérer; que ces constatations et ces appréciations de fait et d'intention rentrent essentiellement dans le domaine du juge de fait et ne peuvent donner ouverture à cassation... ». — La même distinction est encore très nettement faite dans les arrêts précités du 31 mai 1854, du 29 nov. 1871, du 3 juin 1874 et du 20 fév. 1894.

§ II. *Effets de la novation.*

1735. La novation est une cause d'extinction des obligations. Art. 1234, al. 3, art. 1271. L'obligation novée est donc éteinte comme elle le serait par un paiement [1].

Il y a toutefois, entre la novation et les autres modes d'extinction des obligations, cette différence très importante que, dans la novation, la suppression d'une dette est accompagnée de la création d'une autre.

L'obligation novée étant désormais éteinte, c'est exclusivement de la nouvelle obligation que découle le droit du créancier. Il faudra donc envisager seulement cette dernière quand il s'agira de décider si le créancier peut réclamer des intérêts et, en cas d'affirmative, quel est le taux de ceux-ci [2].

La novation a aussi pour effet de purger la demeure, et, par conséquent, si l'objet de l'ancienne obligation était un corps certain et déterminé, les risques cessent d'être à la charge du débiteur, l'objet demeurât-il le même.

En éteignant l'ancienne créance, la novation éteint du même coup ses divers accessoires, tels que privilèges, hypothèques, cautionnement [3] : « *Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée* », dit l'art. 1278. Et l'art. 1281, al. 2 : « *La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions* » [4]. Ce

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 599 (édit. Dupin, I, p. 352).

[2] Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. IV, tit. III, sect. I, n. 5 (édit. Rémy, II, p. 254).

[3] Domat, *loc. cit.;* Pothier, *Oblig.*, n. 599, al. 2. — V. Civ. rej., 24 mars 1841, S., 41. 1. 643.

[4] V. *infra*, n. 1742 s. — Supposons que la caution, en vue de prendre la dette exclusivement à sa charge, consente à faire une novation à laquelle le débiteur principal reste étranger. Bien que la loi ne détermine pas spécialement le résultat de cette opération, on ne peut hésiter en ce qui concerne l'effet qu'elle produit à l'égard du débiteur principal. Celui-ci est certainement libéré, puisque la novation éteint la dette comme le ferait le paiement lui-même. Colmet de Santerre, V, n. 229 *bis*-II; Demolombe, XXVIII, n. 339; Laurent, XVIII, n. 325. — Mais, si la novation conclue entre le créancier et la caution était faite seulement en vue de dégager cette dernière, elle ne pourrait pas libérer le débiteur. Aubry et Rau, IV, p. 222; Larombière, V, p. 54 (art. 1281, n. 2 *in fine*); Demolombe et Laurent, *loc. cit.* — Elle n'aurait pas davantage pour effet de libérer les autres cautions. Aubry et Rau, Larombière et Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, XXVIII, n. 340. — Cette solution devrait être admise alors même que les divers cofidéjusseurs seraient

sont là des conséquences toutes simples de la règle que, le principal disparaissant, l'accessoire doit disparaître aussi.

La novation ayant le même effet extinctif que le paiement, la loi décide très logiquement que « *Par la novation faite* » *entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codé-* » *biteurs sont libérés* ». Art. 1281, al. 1er. Il est évident que la disposition contraire serait inconciliable avec l'idée d'extinction de la dette (1).

1736. La loi permet cependant aux parties de rattacher les privilèges et hypothèques de la première obligation à celle que la novation va lui substituer. C'est ce qu'on voit dans l'art. 1278, qui, après avoir dit : « *Les privilèges et hypothè-* » *ques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui* » *est substituée* », ajoute : « *à moins que le créancier ne les ait* » *expressément réservés* ». Cette réserve doit être contemporaine de la novation (2); autrement les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance seraient définitivement éteints par la novation, et il ne pourrait plus être question de les faire revivre pour la garantie de la nouvelle.

De plus, la réserve dont il s'agit, dérogeant au droit commun, n'est efficace que si elle est expresse. Toutefois, en ce qui la concerne, la loi ne prescrit pas de termes sacramentels. Tout ce qu'il faut, c'est que cette réserve soit formulée et qu'elle soit formulée dans l'acte même de novation (3).

La nécessité d'une réserve expresse existe pour toute espèce de novation, par conséquent aussi bien pour la novation objec-

solidaires. La solidarité qui existe entre plusieurs cautions influe sur les effets du cautionnement, mais ne saurait changer sa nature. Aubry et Rau, Larombière et Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, XXVIII, n. 341. — Civ. cass., 18 juill. 1866, S., 66. 1. 429, D. P., 66. 1. 326.

(1) V. *infra*, n. 1742.

(2) « Il a toujours été permis au créancier de transporter sur la seconde dette et *par l'acte même qui contient la novation*, les hypothèques sous lesquelles la première avait été stipulée ». Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 277; Locré, XII, n. 150, p. 379.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 345; Larombière, V, p. 46 (art. 1278, n. 12). — Il y a, par exemple, réserve expresse des privilèges et des hypothèques si, dans l'acte même qui opère novation, le créancier déclare que la convention a lieu *sans novation aucune*. Req., 27 nov. 1855, S., 56. 1. 534, D. P., 56. 1. 15. — La seule explication qu'on puisse donner de ces derniers mots, c'est que le créancier a entendu réserver les garanties attachées à sa première créance. — Cpr. Toullier, VII, n. 281.

tive que pour la novation subjective. Sous l'empire de l'ancien droit, ce point faisait l'objet d'une controverse. Selon Dumoulin et Basnage, il n'était pas nécessaire, dans la novation objective, de stipuler la réserve des hypothèques et des privilèges, car elle y était de droit. Mais Pothier était de l'avis contraire [1]. Cette dernière opinion a prévalu dans le Code civil. Cela ressort bien de ce que l'art. 1278 subordonne sans distinction la réserve des privilèges et hypothèques à une déclaration expresse [2].

La disposition dont nous parlons est évidemment contraire aux principes. Il est exorbitant que des privilèges et hypothèques puissent, par l'effet de la convention, survivre à la créance dont ils étaient les accessoires et être rattachés, tout en conservant leur rang, à une autre créance née après eux. Si le législateur a admis cette exception, c'est pour des raisons d'utilité pratique : il a pensé qu'elle était de nature à faciliter les affaires. D'ailleurs, nonobstant cette réserve, « la position des autres créanciers hypothécaires, comme le fait remarquer Bigot-Préameneu, reste la même ; ils n'ont pas de droit, parce qu'ils n'ont pas d'intérêt de s'y opposer » [3].

1737. Ce n'est pas d'ailleurs le seul point de vue auquel on puisse se placer pour critiquer la disposition finale de l'art. 1278. Cette disposition autorise expressément la réserve des privilèges ; elle admet également celle des hypothèques sans distinguer entre celles-ci, et, par conséquent, elle autorise aussi bien la réserve des hypothèques légales que celle des hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Cela ne suppose-t-il pas qu'en écrivant l'art. 1278, le législateur a oublié le fondement des privilèges et celui des hypothèques légales ? Tout privilège, sauf celui du créancier gagiste, s'explique par la qualité de la créance dont il garantit l'exécution. Il a été institué par la loi en vue d'une certaine espèce de créances [4]. C'est donc un véritable contre-sens que de le rattacher à une

(1) Voir l'espèce posée par Pothier dans son *Tr. des Oblig.*, n. 599, al. 6.

(2) Laurent, XVIII, n. 328, p. 354.

(3) *Exposé des motifs*, Fenet et Locré, *loc. cit.*

(4) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des priv. et hyp.*, I, n. 300.

créance toute différente, à une créance qui, aux yeux de la loi, ne mérite pas la même faveur.

On peut faire une remarque analogue en ce qui concerne la faculté de réserver les hypothèques légales [1]. Voici une espèce qui le prouve bien : Une femme décède après avoir institué son mari légataire de l'usufruit de tous ses biens. Celui-ci et sa fille, seule héritière de la défunte, procèdent à une liquidation. Au résultat de cette opération, le mari garde et, par conséquent, se trouve devoir désormais, en qualité d'usufruitier, ce qu'il devait auparavant à sa femme comme mari ou comme chef de la communauté. La cour de cassation a décidé que, par application de l'art. 1278, on pouvait rattacher à la nouvelle dette du mari l'hypothèque légale qui était la sûreté de sa dette antérieure [2]. N'est-il pas étrange que l'hypothèque légale qui garantissait la créance des reprises de la femme puisse garantir la créance des héritiers de celle-ci contre le mari usufruitier?

Malgré ces considérations, il est impossible de soutenir que la disposition finale de l'art. 1278 n'est pas applicable aux privilèges : ils sont, en effet, spécialement visés. Mais, se fondant sans doute sur ce qu'il n'en est pas de même des hypothèques légales, la loi se bornant à mentionner les hypothèques en général, M. Pont paraît incliner à penser qu'elles ne peuvent pas être rattachées à la nouvelle créance : « Peut-être, écrit-il, pourrait-on dire que... si, en principe, les hypothèques de l'ancienne créance peuvent, quand elles sont réservées, passer à celle qui lui est substituée (art. 1278), cela, du moins, ne doit pas s'entendre de l'hypothèque légale, laquelle, n'ayant lieu que dans des cas déterminés, ne saurait passer d'une créance à laquelle la loi attache une telle hypothèque, à une autre créance à laquelle la même faveur n'a pas été accordée par la loi » [3].

[1] Toutefois, dans beaucoup de cas, la réserve des hypothèques légales ne sera pas aussi choquante que le serait celle des privilèges. C'est, en effet, dans la condition juridique du créancier et non pas dans la nature de la créance que l'hypothèque légale puise sa raison d'être. V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 963.

[2] Req., 27 nov. 1855, S., 56. 1. 543, D. P., 56. 1. 25.

[3] Pont, *Priv. et hyp.*, I, n. 441, p. 468 *in fine*.

Mais, du moment que l'art. 1278 ne distingue pas entre les diverses espèces d'hypothèques, elles peuvent toutes faire l'objet d'une réserve. Tel est donc notamment le cas pour les hypothèques légales. D'ailleurs, si le législateur avait exclu l'application de la disposition finale de l'art. 1278 quant à ces dernières hypothèques, s'expliquerait-on qu'il n'en eût pas fait de même pour les privilèges, alors qu'il aurait dû, à plus forte raison, proscrire la réserve de ceux-ci? ([1])

1738. Pothier décide que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être rattachés à la nouvelle qu'avec le consentement de celui à qui appartiennent les biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, ordinairement de l'ancien débiteur ([2]). Les auteurs enseignent en général que notre législateur s'est séparé, sur ce point, de son guide habituel, du moins pour le cas où il y a expromission et où les hypothèques qu'il s'agit de transférer à la nouvelle créance portaient sur les biens du premier débiteur. L'art. 1278, dit-on, autorise en termes absolus le créancier à réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance; rien ne donne à entendre que le consentement du premier débiteur soit nécessaire pour l'efficacité de cette réserve. Que lui importe d'ailleurs, puisque la réserve ne pourra jamais produire effet que dans les limites de l'ancienne créance, et que, par suite, la charge ne sera pas augmentée pour lui? Nous répondrons que l'art. 1278 n'a pas été écrit pour résoudre la question que nous examinons, mais bien pour décider que la réserve des privilèges ou des hypothèques doit être expresse. Au surplus, ce qui est bien significatif sur ce point, c'est que Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs,* a présenté la disposition de l'art. 1278 comme une simple consécration de la tradition : « Il a été *toujours* permis au créancier, a-t-il dit,

([1]) E. Artur, *Toute substitution d'une dette à une autre constitue-t-elle une novation? A propos de l'art. 1278 du Code civil. Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXIe année, nouv. série, XI, 1882, p. 226; Colmet de Santerre, V, n. 226 *bis*-V; Demolombe, XXVIII, n. 351; Laurent, XVIII, n. 330; Huc, VIII, n. 126.

([2]) Pothier, *Oblig.*, n. 599, al. 8 (édit. Dupin, I, p. 353) : « Observez aussi que cette translation des hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle, ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent ».

de transporter sur la seconde dette, et par l'acte même qui contient la novation, les hypothèques sous lesquelles la première avait été stipulée... » [1].

D'ailleurs on lit dans l'art. 1280 : « *Lorsque la novation* » *s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires,* » *les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peu-* » *vent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la* » *nouvelle dette* ». Ainsi le créancier, qui fait novation avec un seul des débiteurs solidaires, ne peut pas, pour la garantie de la nouvelle créance, réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne sur les biens des autres codébiteurs solidaires qui n'ont pas concouru à la novation ; leur consentement est donc nécessaire pour la validité de cette réserve, même dans la mesure de l'ancienne créance. Cela prouve que l'hypothèque ou le privilège, qui garantit une créance, ne peut pas passer à une autre sans le consentement du propriétaire des biens affectés, et on met le législateur en contradiction avec lui-même en lui faisant dire, dans l'art. 1278, que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance peuvent être transportés à la nouvelle sans le consentement de ce propriétaire [2]. Nous concluons qu'il s'est conformé de tous points

[1] Fenet et Locré, *loc. cit.*

[2] Si, comme on le soutient dans la théorie adverse, le consentement de ceux à qui appartiennent les biens grevés des hypothèques ou des privilèges n'est pas nécessaire dans le cas prévu par l'art. 1278, comment expliquer la présence, dans la loi, de la disposition de l'art. 1280 ? Les partisans de l'autre opinion en sont réduits à répondre que ce dernier texte est « un vestige de la doctrine de Pothier » vestige conservé « un peu légèrement », alors que le principe dont il est une application était répudié par le législateur. « La théorie de l'art. 1278, dit M. Colmet de Santerre, repose sur cette idée que réserver les hypothèques, ce n'est pas les constituer, tandis que l'art. 1280 arrive à considérer cette réserve comme une constitution nouvelle du droit ». — V. n. 228 *bis*-II. — V. aussi Vigié, II, n. 1616, p. 732. — Sans doute, autre chose est réserver les hypothèques et autre chose les constituer. Aussi reconnaissons-nous que cette réserve, à la différence de la constitution d'hypothèque, n'est pas un contrat solennel et qu'elle n'est pas assujettie à la forme notariée. Mais il n'en est pas moins vrai que, l'hypothèque ayant été consentie à titre de garantie et d'accessoire, non point d'une créance quelconque, mais bien d'une certaine créance déterminée, il est conforme aux principes généraux que le propriétaire du bien hypothéqué intervienne quand il s'agit de rattacher l'hypothèque à une autre créance et de changer ainsi la destination de cette garantie, en un mot de modifier les termes et la portée du contrat de constitution. N'est-il pas de règle qu'une convention ne peut recevoir de changement que du

dans cette matière à la doctrine de Pothier, et nous ajoutons qu'il a bien fait [1].

1739. Nous venons de viser la disposition de l'art. **1280.** Cette disposition étant conçue en termes absolus, celui qui la prendrait à la lettre serait amené à décider que, lorsque la

consentement mutuel des parties? M. Demolombe prend le même parti que M. Colmet de Santerre, il accuse le législateur d'incohérence : « Quant à l'art. 1280, sur lequel la doctrine dissidente se fonde principalement, notre réponse, dit-il, est simple. C'est que cet article renferme une disposition spéciale sur un cas déterminé. Le créancier fait une novation avec l'un de ses codébiteurs solidaires. Peut-il, sans le consentement des autres codébiteurs, réserver les hypothèques de l'ancienne créance sur leurs immeubles? Non, d'après l'art. 1280. On s'écrie : c'est la théorie de Pothier, la voilà consacrée par notre code. Il n'en est rien, suivant nous. Notre code, au contraire, par l'art. 1278, a consacré une disposition générale, contraire à la théorie de Pothier. Seulement, il a admis l'une des applications de cette théorie, par l'art. 1280. Nous reconnaissons que, en ceci, il n'est pas lui-même demeuré logiquement fidèle à son principe. Mais voilà tout! Et ce qu'il y a finalement, c'est une *contrariété de doctrine* entre la disposition générale de l'art. 1278 et la disposition spéciale de l'art. 1280. On prétend que c'est la disposition spéciale qui doit absorber la disposition générale, et que l'exception doit l'emporter sur la règle. Nous prétendons, au contraire, qu'il faut maintenir la disposition générale, et n'appliquer la disposition spéciale qu'au cas déterminé qu'elle a prévu. Nous avons ainsi une bonne règle, avec une exception, il est vrai, peu satisfaisante. Mais, vraiment, cela ne vaut-il pas mieux que d'avoir une règle tout entière, *illogique et injustifiable*, et qui ferait, dans un grand nombre de cas, obstacle à des conventions, qu'il est de l'intérêt privé et public de faciliter? » XXVIII, n. 357, p. 260-261. Peut-être conviendrait-il de ne pas se résigner aussi promptement à admettre dans la loi l'existence d'une « contrariété de doctrine », et d'attacher plus d'importance à ce fait que, pour échapper à cette extrémité, il suffit d'accepter une théorie traditionnelle, enseignée par le jurisconsulte dont les solutions ont été presque toujours consacrées par le Code. M. Demolombe nous reproche de faire absorber la règle par l'exception. Mais ici, la question est de savoir où est la règle, et si, au lieu de parler d'une disposition générale et d'une disposition spéciale, il ne faut pas dire qu'il y a une disposition générale et une application de celle-ci. Or, dans ce dernier sens, on peut s'appuyer sur la tradition et sur les principes, tandis que dans l'autre, on fait valoir exclusivement le silence gardé par le législateur relativement à notre question dans un texte qui n'a pas pour objet de la résoudre. De plus, n'est-il pas étrange de qualifier d'*illogique* et d'*injustifiable* une règle qui, seule, comme nous venons de le montrer, s'harmonise avec les dispositions fondamentales de la matière des contrats?

[1] *Sic*, Delvincourt, II, p. 570; Marcadé, IV, art. 1279, n. 3; Bugnet sur Pothier, II, p. 318, note 1; Mourlon, *Répét. écrit.*, n. 1416; Arntz, III, n. 224 *in fine*, p. 123; Laurent, XVIII, n. 331, p. 356-357; Thiry, III, n. 76, p. 98 *in fine* et p. 99; Planiol, II, n. 577. — *Contra* Toullier, VII, n. 312 s.; Duranton, XII, n. 311; Colmet de Santerre, V, n. 226 *bis*-III et 226 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 223, texte et note 54; Larombière, V, p. 49 (art. 1279, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 356-357; Vigié, II, n. 1615, p. 731; Gaudemet, *op. cit.*, p. 260-261. — La première solution a été consacrée par le C. civ. japon., art. 518 *in fine*.

novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, la réserve des privilèges et des hypothèques sur les biens d'un autre codébiteur ne peut même pas avoir lieu du consentement de ce dernier. Mais cette interprétation serait manifestement inexacte. Pourquoi la réserve ne serait-elle pas admise sur les biens d'un débiteur solidaire puisqu'elle est possible sur ceux d'un débiteur non solidaire? Si l'on ne se prononçait pas de même sur les deux points, il en résulterait une véritable incohérence. D'ailleurs l'intention évidente du législateur a été de faire passer dans l'art. 1280 la proposition que Pothier formulait ainsi : « Si l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires contracte envers le créancier une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte, que les parties ont entendu faire novation de la première dette *sous la réserve des hypothèques,* cette réserve ne peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens de ce débiteur qui contracte la nouvelle dette, et non pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs, *leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette nouvelle dette sans leur consentement* » (1). C'est bien dire que, s'ils donnent leur consentement, la réserve est, au contraire, permise (2).

Si une obligation pour laquelle il y a plusieurs débiteurs solidaires est novée au moyen d'un engagement contracté non par un d'entre eux, mais par un tiers, les privilèges et les hypothèques grevant les biens desdits codébiteurs solidaires pourraient-ils, en supposant que leurs propriétaires y consentissent, être rattachés à la nouvelle dette? Le législateur n'a pas prévu spécialement cette hypothèse. Mais l'affirmative ne nous paraît pas douteuse : que la novation libère un débiteur unique ou qu'elle libère des débiteurs solidaires, la décision doit être la même, la disposition finale de l'art. 1278 est applicable dans les deux cas, car il n'y a pas de raison pour distinguer (3).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 599, al. 9.

(2) Mourlon, *op. cit.*, II, n. 1415; Laurent, XVIII, n. 332. — V. aussi Aubry et Rau, IV, p. 223, texte et note 55; Vigié, II, n. 1616, p. 732 *in fine.*

(3) Laurent, XVIII, n. 332 *in fine*, p. 358. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 228 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, p. 224, texte et note 58; Demolombe, XXVIII, n. 365. —

MM. Aubry et Rau et M. Demolombe, tout en attribuant à la disposition de l'art. 1280 un caractère exceptionnel, croient devoir appliquer cette disposition au cas où la novation est conclue avec le débiteur principal, alors qu'une hypothèque avait été donnée par la caution ou par un tiers non personnellement obligé; ces auteurs admettent donc que la réserve de l'hypothèque ne peut avoir lieu alors que moyennant le consentement de la caution ou du tiers. Ils se prononcent de la sorte par argument *a fortiori* de l'art. 1280 : « Au point de vue où le législateur s'est placé, en disposant ainsi qu'il l'a fait dans l'art. 1280, disent MM. Aubry et Rau, il est impossible de ne pas en appliquer la disposition aux cautions personnelles ou réelles, dont la condition est plus favorable encore que celle des codébiteurs solidaires » (1). Ce raisonnement nous paraît contraire aux principes essentiels de l'interprétation. Si la disposition de l'art. 1280 a véritablement le caractère exceptionnel, on ne doit pas l'étendre, même en vertu d'un argument *a fortiori*. Cette règle élémentaire devrait être d'autant plus respectée que, d'après M. Demolombe et MM. Aubry et Rau, l'exception admise par l'art. 1280 ne peut que difficilement se justifier. A nos yeux la façon dont ces auteurs élargissent l'application de l'art. 1280 témoigne contre l'interprétation qu'ils donnent de l'art. 1278.

1740. La réserve, que font les parties, des privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, pour les rattacher à la nouvelle, ne peut produire effet à l'égard des tiers que dans la mesure du montant de l'ancienne créance; en d'autres termes, elle ne saurait leur préjudicier. Si, en effet, l'hypothèque ou le privilège réservé pouvait garantir la seconde obligation dans une plus grande mesure, ce système serait contraire aux principes fondamentaux de notre régime hypo-

MM. Colmet de Santerre, Aubry et Rau et Demolombe, partant de l'idée que cette hypothèse n'est pas prévue par la loi, croient devoir lui appliquer la disposition finale de l'art. 1278, telle qu'ils l'interprètent, et, en conséquence, ils décident que lorsque le créancier fait novation avec un tiers, il peut, sans le consentement des codébiteurs solidaires libérés par la novation, rattacher à la nouvelle créance les hypothèques garantissant l'ancienne.

(1) Aubry et Rau, IV, p. 224, texte et note 57. — Dans le même sens, Demolombe, XXVIII, n. 361-362.

thécaire. Ainsi, à une obligation dont la valeur pécuniaire est de 10,000 fr., les parties substituent par la novation une nouvelle obligation dont la valeur se trouve être de 11,000 fr., et elles réservent, pour la garantie de cette nouvelle créance, l'hypothèque attachée à l'ancienne. Le créancier ne pourra exercer cette hypothèque à l'encontre des tiers, par exemple à l'encontre des autres créanciers hypothécaires postérieurs inscrits sur l'immeuble, que jusqu'à concurrence de 10,000 fr., autrement leurs prévisions seraient trompées, car l'inscription ne leur annonçait qu'une hypothèque de 10,000 fr. [1].

1741. Nous trouvons dans l'art. 1279 une autre application du principe que la novation ne peut pas porter atteinte à des droits acquis à des tiers : « *Lorsque la novation s'opère* » *par la substitution d'un nouveau débiteur,* dit l'art. 1279, » *les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peu-* » *vent point passer sur les biens du nouveau débiteur* ». L'hypothèse prévue par ce texte doit être soigneusement distinguée de celle dont s'occupe l'art. 1278. Tandis que, d'après celui-ci, les privilèges et les hypothèques peuvent être maintenus à leur rang sur les biens de l'ancien débiteur pour la sûreté de la nouvelle créance, l'art. 1279 s'oppose à ce que ces mêmes garanties soient transportées à leur rang sur les biens du nouveau débiteur. Si, par conséquent, celui-ci consent une hypothèque sur ses biens pour la garantie de son obligation, cette hypothèque ne prend date que du jour de son inscription ; les parties ne pourraient pas convenir qu'elle aura le rang de l'hypothèque grevant les biens de l'ancien débiteur. Cette rétroactivité serait susceptible de léser des droits acquis à des tiers. Voilà pourquoi elle ne saurait se produire même du consentement du nouveau débiteur. En un mot, la loi n'admet pas la translation des hypothèques ou des privilèges sur les biens de ce dernier. La seule chose possible, c'est la constitution d'hypothèques sur lesdits biens. Mais cet acte, très différent de la translation d'hypothèques, ne

[1] Colmet de Santerre, V, n. 226 *bis*-VI ; Aubry et Rau, IV, p. 222, note 53 ; Demolombe, XXVIII, n. 343 ; Laurent, XVIII, n. 329 ; Thiry, III, n. 76, p. 98. — Civ. rej., 15 mars 1815, S. chr., V, 1re part., p. 27, col. 3. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 599, al. 7.

peut causer aucun préjudice aux tiers, car les hypothèques constituées sur les biens du second débiteur ne prennent rang que du jour où elles ont été inscrites.

Rappelons ici que la constitution d'un privilège ne se conçoit que s'il s'agit de celui du gagiste, tous les autres privilèges étant accordés directement par la loi [1].

1742. Nous savons déjà que : « *Par la novation faite* » *entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébi-* » *teurs sont libérés* ». Nous savons également que « *La nova-* » *tion opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions* ». Après avoir formulé ces deux propositions, l'art. 1281 dispose, dans sa partie finale, que : « *Néanmoins, si le créancier a* » *exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou,* » *dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance sub-* » *siste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au* » *nouvel engagement* ». Il résulte de cette disposition que le créancier ne saurait, sans le consentement de ceux qui les ont fournies, rattacher à la nouvelle dette les garanties personnelles attachées à l'ancienne. C'est une obligation déterminée que le codébiteur solidaire a contractée, c'est également une obligation déterminée que la caution a garantie. Ils ne peuvent donc pas, sans un acte de leur volonté, se trouver tenus d'une obligation différente [2].

Mais le créancier qui veut substituer une obligation à une autre par le moyen d'une novation faite avec l'un des codébiteurs solidaires ou avec le débiteur principal, peut expliquer qu'il ne consent à nover qu'autant que les codébiteurs solidaires ou la caution accèderont à la nouvelle dette. S'il use de cette faculté, la novation est affectée d'une condition suspensive : elle est subordonnée à l'accession des codébiteurs ou de la caution, et, par suite, elle ne se produit pas si cette condition vient à défaillir [3].

[1] Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 227 *bis*-I et 227 *bis*-II.

[2] « *Quelque réserve que fasse le créancier par l'acte qui contient la novation,* disait Pothier, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent être obligées à la nouvelle, si elles n'y consentent ». *Oblig.*, n. 599, dern. al. (éd. Dupin, I, p. 353).

[3] Pothier, *Oblig.*, n. 599, al. 3 ; Toullier, VII, n. 314 ; Duranton, XII, n. 317 ; Colmet de Santerre, V, n. 228 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 224 ; Demolombe, XXVIII, n. 365-366 ; Laurent, XVIII, n. 327 ; Thiry, III, n. 76 *in fine*, p. 99 ; Huc,

§ III. *De la délégation.*

1743. Il y a délégation toutes les fois qu'une personne, présentée par une autre, s'engage envers une troisième.

Trois personnes figurent nécessairement dans la délégation :

1° *Le délégant,* qui, la plupart du temps, prend l'initiative de l'opération. Il met en rapport les deux autres personnes dont nous allons parler.

2° *Le délégué,* qui, sur la prière ou sur l'ordre du délégant, consent à s'engager.

3° Enfin le délégataire : c'est la personne qui accepte comme obligé le tiers présenté par le délégant. Son acceptation est indispensable pour qu'il y ait délégation [1].

Le plus ordinairement le délégant est débiteur du délégataire et créancier du délégué, et, par suite, la délégation a pour effet d'éteindre, d'une part, la dette du délégant envers le délégataire, et, d'autre part, celle du délégué envers le délégant. Il n'est même pas impossible qu'elle en éteigne une troisième, celle du délégataire envers un tiers, auquel le délégué vient, sur l'ordre du délégataire, faire une promesse.

Cela nous montre le rôle économique de la délégation. Grâce à elle, on peut effectuer un ou plusieurs paiements sans déplacement de numéraire, et, par conséquent, la délégation rend les mêmes services que la compensation. Voilà pourquoi elle est, aussi bien que cette dernière, pratiquée dans les *clearing-houses.*

Mais il se peut que le délégué ne soit pas débiteur du délégant ou que celui-ci ne soit pas débiteur du délégataire; il se peut même que les deux dettes fassent défaut. C'est ce qui arrivera, par exemple, si, voulant faire une donation à *Primus* et n'ayant pas de fonds disponibles, je prie *Secundus* de s'obliger envers lui.

VIII, n. 125. — Cpr. Larombière, V, p. 54 (art. 1281, n. 3 et 4). — Dans le cas prévu, si la caution ou les codébiteurs solidaires accèdent à la nouvelle dette, ils en sont personnellement tenus pour la totalité, alors même que le montant de cette dette serait supérieur à celui de l'ancienne. Cela se comprend, car ils sont tenus en vertu d'un nouvel engagement.

(1) Colmet de Santerre, V, n. 223 *bis*-I.

Les commentateurs, envisageant le cas le plus fréquent, c'est-à-dire le cas où le délégant est débiteur du délégataire, distinguent deux espèces de délégation : la délégation *parfaite,* qui opère novation, et la délégation *imparfaite,* désignée aussi sous le nom de délégation simple, qui ne produit pas novation. Sans doute cette terminologie ne figure pas dans la loi. Mais, ainsi que nous le verrons, il résulte de l'art. 1275 que la délégation n'emporte pas toujours novation, et c'est pour cela que les auteurs se sont trouvés conduits à distinguer la délégation parfaite de la délégation imparfaite. Quant à Pothier, il ignorait cette distinction. La délégation, telle qu'il la comprenait, entraînait toujours novation, comme le prouve la définition suivante : « La délégation, disait-il, est *une espèce de novation* par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, *à sa place,* s'oblige envers ce créancier ou envers la personne qu'il indique » (1).

Si une délégation (parfaite ou imparfaite, peu importe) a lieu au profit de plusieurs créanciers, il arrivera souvent qu'ils n'accepteront pas à la même date. Il faut remarquer que, dans cette hypothèse, l'antériorité de l'acceptation n'engendre pas un droit de préférence. Cette observation qui, en théorie, ne saurait soulever de difficulté, est importante au point de vue pratique, car, en fait, il arrive souvent qu'un vendeur, dans l'acte même de vente, délègue le prix à ses divers créanciers ou à plusieurs d'entre eux, et que les délégataires acceptent successivement. Celui qui aura été le plus diligent ne devra pas être préféré aux autres. Il n'y a aucune raison pour qu'il ne vienne pas en concours avec eux (2).

Que la délégation soit parfaite ou imparfaite, le paiement fait par le délégué peut, suivant les cas, donner ou ne pas donner lieu, au profit de celui-ci, à un recours contre le délégant. La solution sera différente selon les rapports juridiques qui existaient entre le délégant et le délégué au moment

(1) *Oblig.*, n. 600 (édit. Dupin, I, p. 353). — V. aussi Domat, *Lois civ.*, 1re partie, liv. IV, tit. IV, préambule et sect. I, n. 1 et 7 (édit. Rémy, II, p. 257 et 258).

(2) Civ. cass., 7 mars 1865, S., 65. 1. 165, D. P., 66. 1. 121 ; et, sur renvoi, Dijon, 19 juil. 1865, S., 66. 2. 160.

de la délégation. Si le délégué était le débiteur du délégant, ou si, en s'engageant envers le créancier, il a entendu faire une donation à l'ancien débiteur, il ne peut exercer aucun recours. Mais il en est autrement s'il a voulu jouer, par rapport au délégant, un rôle analogue à celui de la caution. C'est donc là une question qui doit être résolue d'après les clauses de la convention et d'après les circonstances.

I. *De la délégation parfaite.*

A. *Conditions de la délégation parfaite.*

1744. Pour qu'il y ait délégation parfaite, il est indispensable que le délégataire décharge le délégant. Ce n'est là qu'une application du principe formulé dans l'art. **1281-2°**, car, d'une façon générale, aux termes de ce texte, la novation par changement de débiteur suppose que l'ancien débiteur est « déchargé par le créancier » (1). Mais, d'après l'art. **1273**, il faut et il suffit que la volonté d'opérer la novation, « résulte clairement de l'acte », c'est-à-dire de la convention. Or, en ce qui concerne la délégation parfaite, la loi est plus explicite : « *La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier,* dit l'art. **1275**, *n'opère point de novation, si le créancier n'a* EXPRESSÉMENT *déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ». Ici donc une déclaration *expresse* est nécessaire (2). Le motif de cette rigueur, c'est que les auteurs du

(1) Req., 21 juin 1876, S., 78. 1. 455, D. P., 77. 1. 437.

(2) Pour la critique de cette disposition, voyez Gaudemet, *op. cit.*, p. 264-272. — L'acceptation, par le créancier, de paiements émanant du nouveau débiteur n'a pas pour conséquence d'entraîner la libération du débiteur primitif, l'art. 1275 subordonnant cette libération à une déclaration formelle du délégataire. Req., 20 janv. 1892, S., 92. 1. 593, D. P., 92. 1. 547. — Par application du même principe, il a été fort bien décidé que le fait, par le créancier, de donner au débiteur délégué quittance d'une partie de la créance, même en lui accordant un délai pour le paiement du surplus, ne produit pas novation. — Cass., sect. req., 17 janv. 1818, S. chr., V. 1. 404; D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2440. — Lorsque, dans une vente d'immeuble par lui consentie à un tiers, le débiteur d'une rente viagère stipule, à titre de supplément de prix, que l'acquéreur servira ladite rente à son acquit, et lorsque le crédi-rentier accepte cette stipulation, mais sans décharger le débi-rentier primitif, la délégation qui a lieu n'opère par novation. — Civ. rej., 12 juil. 1881, S., 83. 1. 409; D. P., 81. 1. 430. — V. pour d'autres applications, Trib. Per-

Code ont voulu faire cesser les contestations relatives au point de savoir si, en acceptant le délégué pour débiteur, le créancier n'avait pas implicitement déchargé le délégant (1). Mais que veut dire exactement la loi quand elle dispose que la volonté du créancier doit être déclarée *expressément?*

La déclaration doit-elle être faite par écrit ? Non, ce serait ajouter à l'exigence du législateur. La déclaration sera expresse tout en étant verbale, sauf les difficultés de la preuve. D'autre part, si elle doit être manifestée expressément, il ne s'ensuit point qu'elle doive être manifestée par des termes solennels. Tout ce qu'il faut, c'est qu'au moyen de paroles quelconques, le créancier fasse connaître d'une façon non ambiguë sa volonté de libérer le délégant (2).

pignan, 30 oct. 1894, *Loi* du 16 janv. 1895. — Toulouse, 4 avril 1895, *Gaz. Trib.*, 2 oct. 1895.

(1) L'affirmative était soutenue notamment par Renusson et par Despeisses; mais Pothier, d'après Cujas, se prononçait en sens contraire. Pothier, *Oblig.*, n. 600, dern. al. (édit. Dupin, I, p. 354).

(2) *Sic* Delvincourt, II, p. 569; Toullier, VII, n. 290; Duranton, XII, n. 323 et 324; Aubry et Rau, IV, p. 219 *in fine* et 220, texte et note 42; Massé et Vergé, III, p. 446; Larombière, V, p. 28 (art. 1275, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 313; Laurent, XVIII, n. 317; Huc, VIII, n. 119, p. 158. — M. Colmet de Santerre interprète tout différemment la disposition de l'art. 1275 : « Nous avons, dit-il, rattaché la disposition de l'article 1275 sur les effets de la délégation à la théorie générale de l'article 1273, et cependant il existe une légère différence d'expression entre ces deux articles. Dans le premier, la loi exige pour la novation une volonté résultant clairement de l'acte; dans le second, une déclaration expresse du créancier : entre ces deux expressions la différence est plus apparente que réelle, car, du moment que la loi n'exige pas, au cas de délégation, l'emploi de termes sacramentels, elle veut, dans ce cas comme dans l'autre, une manifestation de la volonté; dans un cas, cette manifestation doit résulter de l'acte, c'est-à-dire bien certainement des expressions de l'acte interprétées par les tribunaux; dans l'autre, elle doit être expresse, c'est-à-dire exprimée et par conséquent résultant des termes de l'acte d'après l'interprétation que leur donneront les tribunaux. Les deux espèces, qui sont en réalité identiques, sont soumises à une règle identique ». V. n. 223 *bis*-IV. — Dans le même sens, Planiol, II, n. 582. — Cette explication, quelque spécieuse qu'elle soit, nous paraît inadmissible. L'art. 1273 s'exprime tout autrement que l'art. 1275. Dans l'art. 1273, l'expression *acte* est prise comme synonyme du mot *convention*. V. *supra*, n. 1736. Or, la convention n'est pas seulement révélée par les termes que les parties ont employés, mais encore par les circonstances. Il ressort donc de l'art. 1273, qu'en principe l'intention de nover, ainsi que le décident la jurisprudence et presque tous les auteurs, peut être tacite. Mais, au cas de délégation parfaite, l'application de cette règle est écartée, puisque l'art. 1275 exige de la part du délégataire une déclaration *expresse* de volonté. — Cpr. Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

1745. Aux termes de l'art. 1277, al. 1er : « *La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation* ». Ici le débiteur donne un mandat à un tiers de payer en son nom. Ce mandat ne change rien dans l'obligation qu'il s'agit d'exécuter. Evidemment il n'a pas pour effet, au regard du créancier, de substituer le mandataire au mandant et de dégager celui-ci. Il ne saurait donc nover la dette, ni, par conséquent, produire une délégation parfaite (1). C'est de l'évidence. La disposition dont nous venons de reproduire les termes est absolument inutile. Si le législateur l'a écrite, c'est parce que l'idée qu'elle exprime était déjà formulée par Pothier (2). On verra, au surplus, que la simple indication dont s'occupe l'al. 1er de l'art. 1277, n'entraîne même pas une délégation imparfaite.

1746. On a prétendu que le délégataire n'est saisi à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard soit des autres créanciers du délégant, soit de nouveaux délégataires ou cessionnaires, que par l'acceptation du délégué dans un acte authentique ou par la signification que le créancier fait de la délégation au délégué pour suppléer l'acceptation de ce dernier ou pour la compléter au regard des tiers, si elle a été faite seulement par acte sous-seing privé. En un mot, on a pensé que l'article 1690 était applicable à notre matière (3). Mais cette exigence n'est fondée sur aucune disposition de la loi, et elle est contraire aux principes. Au cas de délégation parfaite, il y a, non pas cession, mais extinction de la créance primitive. L'ancien débiteur se trouve dans la même situation que s'il avait payé. Or, s'il avait payé, sa libération serait opposable aux tiers, indépendamment de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1690. Il en est de même, par conséquent, lorsque sa dette a été éteinte au moyen d'une délégation (4).

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 277; Locré, XII, p. 379, n. 149; Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 360; Locré, XII, p. 481, n. 40, *in fine*.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 685 (édit. Dupin, I, p. 358).

(3) Toullier, VII, n. 285; Larombière, V, p. 32 (art. 1276, n. 4). — Agen, 2 déc. 1851, S., 51. 2. 678. — V. aussi C. civ. Fuzier-Herman, art. 1275, n. 42 et 43.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 432, texte et note 27; Demolombe, XXVIII, n. 329;

B. *Effets de la délégation parfaite.*

1747. La délégation parfaite a pour effet de libérer le débiteur. Elle le met dans la même situation que s'il avait payé, et, par suite, le délégataire n'a plus d'action contre lui [1]. La conséquence forcée de ce principe est que la perte résultant de l'insolvabilité du nouveau débiteur sera supportée par le créancier. Celui-ci perdra donc, en totalité ou en partie, le montant de sa créance. De là cette disposition qu'on trouve en tête de l'art. **1276** : « *Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable...* » Comment aurait-il un recours contre une personne absolument étrangère à la dette actuelle?

1748. Toutefois le législateur ajoute : « ... *A moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation* ». Ainsi deux exceptions sont apportées au principe, et il est remarquable qu'elles étaient déjà, l'une et l'autre, admises par l'ancien droit [2].

La première est indiquée par ces mots : « *A moins que l'acte* (entendez la *convention*) *n'en contienne une réserve expresse* ». Il n'y avait aucune raison pour ne pas admettre la validité de cette clause. Art. **1134**. Toutefois elle n'a d'efficacité que si elle est expresse. Mais, en la supposant telle, quel est son résultat? Elle rend conditionnelle la décharge accordée au délégant : le créancier a voulu que celle-ci fût

Laurent, XVIII, n. 316 et 318; XXIV, n. 501, p. 496; Huc, VIII, n. 118 *in fine*, p. 158.

[1] « Régulièrement, dit Pothier, lorsque la personne déléguée s'est obligée valablement envers le créancier à qui elle a été déléguée, le délégant est pleinement libéré envers ce créancier, et ce créancier n'a aucun recours contre lui, dans le cas auquel le nouveau débiteur à lui délégué deviendrait insolvable; ce créancier, en acceptant la délégation, a suivi la solvabilité du débiteur qui lui était délégué, *nomen ejus secutus est* ». *Oblig.*, n. 604, al. 1er (édit. Dupin, I, p. 356). — Domat s'exprime ainsi : « Et le créancier, de sa part, n'a plus de recours contre celui qui a délégué, soit que le nouveau débiteur devienne insolvable ou qu'il le fût déjà au temps de la délégation; car on ne considère plus l'origine de la première dette, mais la seconde seulement qui l'a annulée ». *Lois civ.*, 1re part., liv. IV, tit. IV, sect. I, n. 8 (édit. Rémy, II, p. 258).

[2] V. notamment Pothier, *Oblig.*, n. 604, al. 2 à 7.

considérée comme non avenue si le nouveau débiteur devenait insolvable.

Il est évident qu'une semblable restriction diminue beaucoup la portée de la délégation parfaite. Cependant elle ne rend pas la décharge illusoire : en effet, le créancier ne peut poursuivre le délégant que sous la condition de démontrer l'insolvabilité du délégué ([1]), tandis que, s'il n'avait pas accordé de décharge, il pourrait poursuivre à son choix l'ancien débiteur ou le nouveau ([2]).

1749. La seconde exception est énoncée en ces termes : « *A moins que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation* ». La loi suppose sans le dire que le créancier qui a déchargé son ancien débiteur ignorait l'état de faillite ou de déconfiture du délégué ([3]); car, s'il le connaissait, il n'y aurait pas de motif pour lui permettre de revenir sur ce qu'il a fait ([4]). Peu importe, d'ailleurs, que le délégant fût renseigné ou non sur l'état des affaires du délégué. Dans la première hypothèse, en offrant au créancier le nouveau débiteur, il a commis une fraude ; mais ce n'est point dans cette circonstance qu'il faut chercher le fondement de notre exception. Celle-ci, comme nous allons l'expliquer, repose sur cette idée que le créancier a fait une réserve tacite ([5]).

La loi exige que le délégué fût déjà en état de faillite

([1]) Req., 2 nov. 1808, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2527. — Bordeaux, 30 mai 1816, *op. cit.*, v° *Mariage*, n. 929. — Pour faire cette preuve, le créancier doit discuter les biens du nouveau débiteur.

([2]) Il s'ensuit que la réserve dont nous parlons n'a pas pour effet de donner à l'opération le caractère de délégation imparfaite.

([3]) « La bonne foi ne souffrirait pas qu'il fût la victime ou de son erreur ou du dol du débiteur ». — Rapport du tribun Jaubert, Fenet, XIII, p. 360 ; Locré, XII, p. 481, n. 40.

([4]) « La délégation ne renferme pas, en ce cas, une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre ; mais elle renferme un bienfait que j'ai bien voulu vous faire en acceptant ce débiteur à votre place, quelque insolvable qu'il fût. Vous ne m'avez fait aucun tort, puisque, en connaissance de cause, j'ai bien voulu l'accepter : *Volenti non fit injuria* ». — Pothier, *Oblig.*, n. 604, al. 6.

([5]) Merlin, *Rép.*, v° *Délégation*, § 2 ; Duranton, XII, n. 325 ; Aubry et Rau, IV, p. 222, note 49 ; Demolombe, XXVIII, n. 322 ; Larombière, V, p. 30 (art. 1276, n. 1).

déclarée ou de déconfiture « au moment de la délégation ». Il eût mieux valu dire « au moment de la novation ». Il se peut, en effet, que le créancier se borne d'abord à accepter la délégation et qu'il ne décharge l'ancien débiteur que plus ou moins longtemps après. Comme, dans ce cas, c'est au moment où la décharge est donnée que s'opère la novation, il suffit, au point de vue de notre exception, que la faillite déclarée ou que la déconfiture ait existé à cette époque [1].

L'exception qui nous occupe se justifie aisément : d'abord, il ne serait pas équitable que le délégant pût se libérer en donnant une créance qui, à l'époque même où il la donnerait, serait purement nominale. Mais on peut invoquer aussi une raison de droit : le créancier, en acceptant la délégation, n'a certainement pas consenti un abandon gratuit, une remise de la dette. Il a entendu recevoir, sinon un paiement, du moins un équivalent de sa créance. Il faut donc admettre qu'il a tacitement réservé ses droits contre le premier débiteur pour le cas où le second serait insolvable au moment de la novation [2].

Toutefois l'exception dont nous parlons maintenant n'a pas lieu par cela seul que l'insolvabilité du nouveau débiteur est plus ou moins vraisemblable ou même très probable. Elle suppose que la faillite est ouverte ou que la déconfiture existe au moment où la novation s'opère.

[1] Aubry et Rau, IV, p. 222, note 50; Larombière, V, p. 31 (art. 1276, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 320.

[2] « La délégation est un contrat commutatif dans lequel le créancier qui doit recevoir un équivalent de la décharge qu'il consent au profit du premier débiteur n'en recevrait cependant aucun si le débiteur substitué était dès lors notoirement insolvable ». — Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 277; Locré, XII, p. 379, n. 148 *in fine*. — On peut dire, à la rigueur, que la réserve tacite, fondement de la seconde exception, tout comme la réserve expresse, fondement de la première exception, rend la décharge conditionnelle. Remarquons toutefois que, dans le cas où lors de la novation le délégué est en faillite ouverte ou tombé en déconfiture, il n'y a pas de condition proprement dite. Il s'agit, en effet simplement, dans cette hypothèse, d'un fait qui est déjà acquis, mais qui est ignoré des parties, ou au moins du créancier. — Il est intéressant de rapprocher de notre art. 1276 *in fine* la disposition de l'art. 1206 C. civ. esp., ainsi conçue : « L'insolvabilité du nouveau débiteur qui a été accepté par le créancier ne fera pas revivre l'action contre le débiteur primitif, à moins que ladite insolvabilité n'ait été antérieure et publique ou connue du débiteur lorsqu'il déléguait sa dette ».

On voit que, finalement, les deux exceptions formulées par l'art. 1276 ont leur fondement dans la volonté des parties, volonté exprimée dans le premier cas, au moyen d'une réserve formelle, sous-entendue dans le second, sur le fondement d'une réserve tacite.

De même que toutes les autres exceptions, celles dont nous parlons sont de droit étroit. Ainsi, quand un créancier, moyennant la délégation que son débiteur lui a faite, a définitivement déchargé celui-ci, il n'a pas de recours contre lui à raison des cas ultérieurs de force majeure qui ont pour effet d'entraîner la réduction de la créance née de la délégation ou d'en changer le mode de paiement [1].

1750. Il nous reste à déterminer quelle est l'action qui appartient au créancier dans les deux hypothèses auxquelles se réfèrent les exceptions dont nous venons de parler. D'après certains auteurs, c'est l'action primitive, celle qu'avait le créancier avant la novation. D'après d'autres, c'est une action en indemnité, un simple recours en garantie. L'intérêt que présente la question est considérable, car, suivant le parti qu'on prendra, le créancier pourra ou ne pourra pas se prévaloir des garanties de l'ancienne créance. A notre avis, la solution de cette difficulté doit se déduire du fondement que nous avons assigné aux deux exceptions. Elles reposent, avons-nous dit, sur cette idée que le créancier a subordonné la novation à la solvabilité du délégué, — dans le cas de la première exception, à sa solvabilité future, dans le cas de la seconde exception, à sa solvabilité actuelle. En d'autres termes, il a éventuellement réservé son droit contre l'ancien débiteur. Au surplus, l'art. 1276 emploie l'expression *réserve*. Or on ne peut réserver que ce qui vous appartient déjà. C'est donc la créance primitive que le délégataire peut invoquer. Grâce à la réserve qu'il en a faite, elle subsiste [2], et, avec elle, sont maintenus ses accessoires, notamment les hypothèques et les privilèges qui en assuraient le paiement. On

[1] Paris, 23 nivôse an XII, S. chr., I, 2, p. 172, col. 2. D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2539.

[2] Nous disons qu'elle subsiste et non pas qu'elle revit. Elle est réputée, en effet, ne s'être jamais éteinte.

objecte que l'art. 1276 qualifie de *recours* l'action du délégataire et que, par suite, celle-ci ne peut être qu'une action en garantie. Mais le terme *recours* est équivoque. Ce n'est donc pas lui qui peut fournir la solution du problème. On prétend, il est vrai, que sa véritable portée apparaît, si l'on se réfère à Pothier. D'après ce jurisconsulte, fait-on observer, nos deux exceptions s'expliqueraient par l'existence d'un mandat que le délégant est censé avoir donné au créancier de poursuivre le délégué, et le recours ouvert au créancier n'est pas autre chose que l'*actio mandati contraria,* par conséquent une action nouvelle. Mais cette explication ne paraît point avoir été admise par les auteurs du Code. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs,* se borne à la rappeler en ces termes : « Cette clause de réserve est considérée, dans la loi romaine, comme un mandat d'après lequel le créancier aurait, aux risques de son premier débiteur, pris un autre débiteur à sa place ». Puis, passant à la seconde exception, il s'exprime ainsi : « Le créancier pourrait aussi être admis à *revenir contre la décharge donnée,* si elle avait été surprise... » (1). Cette façon de parler montre bien que, dans l'hypothèse prévue, le créancier est admis à tenir la novation pour non avenue et, par suite, à exercer l'ancienne action (2).

1751. Le cas suivant donne lieu à une vive controverse. Par hypothèse, le délégué ne s'est engagé envers le délégataire que dans la fausse persuasion qu'il était débiteur du délégant. Pourra-t-il, s'il a déjà exécuté son obligation, répéter la chose par lui donnée, et, s'il n'a pas encore payé, se refuser à le faire ? Nous répondons négativement. Le délégataire n'a pas à se préoccuper de savoir si le délégué est, oui ou non, débiteur du délégant. Cette question ne présente d'intérêt qu'au point de vue du règlement des rapports entre le délégant et le délégué. Au regard du délégataire, elle est absolument indifférente. Au surplus ce dernier n'a

(1) Fenet, XIII, p. 277 ; Locré, XII, p. 378 *in fine,* n. 148.

(2) *Sic* Laurent, XVIII, n. 320; Vigié, II, n. 1618, p. 734 ; Huc, VIII, n. 121, p. 160 ; Planiol, II, n. 584. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 224 *bis*-II et 224 *bis*-III. — *Contra* Duranton, XII, n. 327 et 328; Marcadé, IV, n. 775, al. 2; Aubry et Rau, IV, p. 222, n. 51 ; Demolombe, XXVIII, n. 323; Larombière, V, p. 31 (art. 1276, n. 2) ; Gaudemet, *op. cit.,* p. 237-239.

même pas le droit d'exiger qu'on le renseigne sur le mobile qui pousse le délégué à s'engager envers lui. Le délégué ne saurait donc se prévaloir contre le délégataire de cette circonstance que, s'il a été conduit à se substituer au délégant, c'est parce qu'il se croyait débiteur de celui-ci : D'ailleurs il ne résulte nullement des art. 1275 et 1276 que la validité de la délégation est subordonnée à cette condition que le délégué sera débiteur du délégant. De plus, l'opinion que nous adoptons peut s'appuyer sur une tradition constante et très ancienne. Pothier, en se prononçant pour elle (1), ne faisait que reproduire la décision du jurisconsulte Paul (2).

Certains auteurs objectent que notre hypothèse est gouvernée par la disposition du premier alinéa de l'art. 1377, dont voici les termes : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier ». Il faut, d'après ces auteurs, assimiler la situation du délégué qui, par erreur, s'est engagé envers le délégataire, à celle du tiers qui, par erreur, a payé en son propre nom la dette d'autrui. Mais, à nos yeux, cette assimilation est inadmissible. Dans l'hypothèse prévue par l'article 1377, le créancier est en faute de n'avoir pas refusé le paiement que lui a fait, pour son propre compte, une personne qui n'était pas son débiteur. Il en est autrement du créancier qui a consenti à ce que le délégué fût substitué au délégant. Evidemment, on n'a rien à lui reprocher. Il n'était point tenu de savoir si le délégué était ou n'était pas obligé envers le délégant (3).

(1) Comme disait Pothier, « Le créancier, qui, par l'obligation que contracte envers lui la personne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui était dû par son ancien débiteur qu'il a déchargé, ne doit point souffrir de cette erreur ». *Oblig.*, n. 602 (édit. Dupin, I, p. 355).

(2) L. 12, D., *De noval. et deleg.*, XLVI, 2.

(3) *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Délégation*, n. 3 ; Toullier, VII, n. 291 ; Aubry et Rau, IV, p. 212, note 8 et p. 735, texte et note 27 ; Demolombe, XXVIII, n. 325. — Bordeaux, 2 avril 1835, S., 35. 2. 391, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2535-1°. — Civ. rej., 31 mars 1852, D. P., 52. I. 161. — Req., 7 mars 1855, S., 55. 1. 577 ; D. P., 55. 1. 108. — Civ. cass., 24 janv. 1872, S., 72. 1. 31 ; D. P., 73. 1. 75. — Besançon, 31 octobre 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 683. — *Contra* Duranton, XII, n. 333 ; Larombière, V, p. 27 (art. 1275, n. 4, *in fine*) ; Mourlon, *Rev. prat.*, XVIII, p. 516 ; Huc, VIII, n. 120, p. 159.

M. Laurent fait une distinction : « Si, dit-il, le délégué ne s'engage pas comme débiteur du délégant, on peut dire qu'il n'a pas le droit d'invoquer l'erreur où il était, puisque son engagement envers le délégataire est indépendant de sa qualité de débiteur. Mais, si le délégué s'est présenté au créancier comme débiteur du délégant, si c'est comme tel qu'il s'est engagé envers le délégataire et s'il se trouve qu'il n'était point débiteur, ne pourra-t-il pas se prévaloir de l'erreur qui a été la cause déterminante de son engagement pour en demander la nullité? *Il est certain que la convention qu'il a faite avec le délégataire est viciée par l'erreur,* il ne serait pas obligé envers le délégataire s'il avait su qu'il ne fût pas débiteur du délégant; pourquoi ne lui permet-on pas de demander la nullité de cet engagement? Le créancier a reçu ce qui lui était dû, dit-on. Par son ancien débiteur, oui; mais la question est de savoir si le nouveau débiteur s'est valablement engagé et si la novation est valable » (1). Sans doute, s'il résulte de la convention intervenue entre le délégué et le délégataire que les parties n'ont voulu faire naître l'engagement du premier qu'à raison de sa prétendue qualité de débiteur du délégant, le délégué, à défaut de cette qualité, ne peut pas être tenu envers le délégataire. C'est, qu'en effet, la convention fait la loi des parties. Mais, d'après nous, on ne saurait aller plus loin. Cette simple circonstance que le délégué s'est présenté au créancier comme débiteur du délégant, que c'est comme tel qu'il s'est obligé envers le délégataire, ne suffit pas. Même alors, celui-ci n'a pas à rechercher s'il existe des rapports juridiques entre le délégant et le délégué. M. Laurent estime que, dans l'hypothèse par lui prévue, le délégué peut se prévaloir de son erreur pour demander la nullité de son engagement. Mais, le cas dont il s'agit n'est pas un de ceux où l'erreur est une cause de nullité des conventions. L'erreur du délégué a simplement porté sur le motif qui l'a décidé à s'obliger (2).

Et ceci nous amène à faire observer que les partisans de la théorie de la cause ne pourraient pas la faire intervenir ici et

(1) Laurent, XVIII, n. 319, p. 346.
(2) V. notre tome Ier, n. 71-5o.

prétendre que la convention conclue entre le délégué et le délégataire doit être déclarée inexistante comme ayant une fausse cause. Quelle est, en effet — pour nous placer au même point de vue que la plupart des auteurs — la cause de l'obligation du délégué ? C'est la renonciation que le délégataire a consentie de son ancienne créance. Or cette renonciation a véritablement eu lieu. La cause de l'engagement du délégué existe donc. Le fait que ce dernier s'est obligé dans la croyance erronée qu'il était le débiteur du délégant n'entraîne que la fausseté du motif de son engagement [1].

D'ailleurs la distinction faite par M. Laurent suivant que le délégué s'est présenté ou non au délégataire comme débiteur du délégant ne nous paraît pas juridique. Dans les deux hypothèses, il y a même raison de décider. M. Laurent, pour être logique, devrait dire que, dans l'une comme dans l'autre, le délégué peut faire annuler son obligation. Le prétendu vice du consentement se rencontre, en effet, même lorsque le délégué ne s'est pas déclaré débiteur du délégant, sauf, dans ce dernier cas, la difficulté qu'il y aura pour le délégué à prouver son erreur. Mais, nous l'avons expliqué, il faut admettre, sans distinguer entre les deux hypothèses, que l'engagement du délégué n'est pas annulable.

Peu importerait même qu'au moment de la novation, le délégataire sût que le délégué, contrairement à l'opinion de celui-ci, n'était pas débiteur du délégant. Bien entendu, si le délégataire avait recouru à des manœuvres pour tromper à cet égard le délégué et pour l'induire ainsi à s'engager, il y aurait dol, et la convention novatoire serait annulable. Mais la simple connaissance que le délégataire aurait eue de la véritable situation du délégué ne permettrait pas à ce dernier d'attaquer la novation. On serait fondé, il est vrai, en s'inspirant d'une rigoureuse morale, d'une stricte loyauté, à critiquer la conduite du délégataire ; mais cela n'autoriserait pas les juges à faire tomber l'engagement du délégué. Quand la novation s'est opérée, le délégataire ne s'est point enrichi ; il a simplement reçu l'équivalent de ce qui lui était dû [2].

(1) V. notre tome Ier, n. 306.
(2) Cpr. Civ. rej., 31 mars 1852, D. P., 52. 1. 161.

La novation doit être maintenue même lorsque, d'une façon précise, le délégué a promis au délégataire de lui payer une dette déterminée, dont, par erreur, il se croyait tenu envers le délégant. Sans doute, en cas de cession de créance, si après avoir payé le cessionnaire, le débiteur exerce l'action en répétition, en se fondant sur ce que la créance cédée n'existait pas ou a été annulée, le cessionnaire ne peut pas repousser cette demande en faisant valoir qu'il a reçu ce qui lui était dû. Mais la délégation, nous l'avons expliqué, est tout autre chose que la cession de créance. Le délégataire, à la différence du cessionnaire, se prévaut, non d'une obligation qui aurait existé antérieurement dans les rapports du délégant et du délégué, mais bien d'un engagement nouveau, directement contracté envers lui. Il en est ainsi même quand le délégué a promis de lui payer une dette déterminée dont il s'est cru à tort tenu envers le délégant. Cette déclaration ne met point le délégataire dans la nécessité de rechercher si la prétendue dette existe réellement et si elle est valable (1).

1752. Nous avons examiné le cas où le délégué s'est engagé dans la fausse persuasion qu'il était débiteur du délégant. Mais l'hypothèse peut être plus compliquée. C'est ce qui arrive quand, de son côté, le délégant a cru à tort qu'il était obligé envers le délégataire. Ainsi, il n'existe de dette ni à la charge du délégué, ni à la charge du délégant, et chacun d'eux est dans l'erreur quant à sa situation. Les jurisconsultes romains (2) et, d'après eux, Pothier (3) ont prévu cette hypothèse. Ils ont été d'accord sur la solution qu'elle comporte. Ici on doit donner la préférence au délégué ; ce qu'il demande, c'est de ne pas subir un appauvrissement : *certat de damno vitando*. Le délégataire, lui, prétend s'enrichir : *certat de lucro captando*. C'est évidemment le premier qui mérite le plus d'intérêt, ou plutôt c'est lui seul qui mérite de l'intérêt. Il pourrait donc résister à la demande du délé-

(1) *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 327. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 743.

(2) L. 7, D., *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4; L. 2, § 4, D., *De donat.*, XXXIX, 5.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 602, al. 2 et 3 (édit. Dupin, I, p. 355).

gataire, et même il aurait la répétition de ce qu'il aurait payé à celui-ci.

La solution serait la même si le délégant, au lieu d'avoir agi dans la fausse croyance qu'il était le débiteur du délégataire, avait entendu lui faire une donation. Nous supposons toujours, d'ailleurs, que le délégué, contrairement à ce qu'il pensait, n'était pas obligé envers le délégant. Comme dans l'hypothèse précédente, il est vrai de dire que le délégué veut éviter une perte, tandis que le délégataire poursuit un enrichissement (1).

II. *De la délégation imparfaite.*

1753. Il résulte de l'art. 1275 qu'il n'y a pas novation quand le délégataire n'a pas expressément déclaré qu'il déchargeait le délégant. Dans cette hypothèse, la délégation fait naître une seconde obligation qui vient s'ajouter à la première (2). Suivant la terminologie du droit romain, c'est un cas d'*adpromissio*, et la doctrine moderne dit que la délégation est alors *imparfaite*.

Le créancier trouve dans cette combinaison un avantage analogue (nous ne disons point *identique*) à celui que lui procurerait un cautionnement. Elle a pour effet, elle aussi, de faciliter le paiement. Le créancier a désormais deux débiteurs, et chacun d'eux est tenu du total de la dette.

La délégation imparfaite, du moins en principe, c'est-à-dire sauf stipulation contraire, est même plus avantageuse pour le créancier que le cautionnement, car il peut, à son choix, poursuivre en premier lieu, soit le délégué, soit le délégant, tandis que, s'il était en présence d'une caution, elle aurait le droit, dans le cas où il la poursuivrait avant le débiteur principal, de lui opposer le bénéfice de discussion (3).

(1) Demolombe, XXVIII, n. 328.

(2) Aussi Jaubert disait-il : « Autre chose est la novation, autre chose est la délégation ». Fenet, XIII, p. 359 ; Locré, XII, p. 481, n. 40.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 224 *bis*-I *in fine ;* Demolombe, XXVIII, n. 311 ; Laurent, XVIII, n. 321 ; Huc, VIII, n. 122. — Comme le fait remarquer M. Demolombe, quand le délégant est créancier du délégué, il est possible que la délégation lui permette de toucher plus facilement ce qui lui est dû. XXVIII, n. 310 *in fine*.

Ainsi, on peut dire que, dans la délégation imparfaite, le délégué, tout aussi bien que le délégant, joue, au regard du délégataire, le rôle de débiteur principal.

D'ailleurs le délégant et le délégué ne sont pas des codébiteurs solidaires. D'une part, ils ne s'engagent pas comme tels, et, d'autre part, la loi n'établit pas de solidarité entre eux. Chacun d'eux est tenu d'une action absolument distincte et indépendante de celle qui peut être dirigée contre l'autre. Seulement les deux actions ont le même objet. Aussi, quand l'un paie, l'autre est libéré [1].

La délégation imparfaite ne peut, évidemment, avoir lieu sans que le créancier l'accepte [2]. Mais il n'est point nécessaire que cette acceptation soit exprimée. Elle peut résulter des circonstances. En un mot le législateur l'a laissée sous l'empire des principes qui régissent, d'une façon générale, les manifestations du consentement [3].

1754. Ainsi que nous l'avons expliqué, la simple indication que le débiteur fait d'une personne chargée de payer à sa place ne produit pas novation. Art. 1277, al. 1er. Elle ne constitue donc pas une délégation parfaite. Nous devons ajouter qu'on ne saurait même pas y voir une délégation imparfaite. L'indication dont il s'agit suppose tout simplement que

[1] Laurent et Huc, *loc. cit.* — Cpr. Gaudemet, *op. cit.*, p. 274-277.

[2] Req., 2 juill. 1867, S., 67. 1. 382, D. P., 68. 1. 22. — D'après cet arrêt, lorsqu'un acte de vente contient délégation du prix ou de partie du prix au profit de certains créanciers inscrits sur l'immeuble vendu, cette délégation n'est obligatoire pour le débiteur délégué; c'est-à-dire pour l'acquéreur, que si elle a été acceptée par lesdits créanciers. En conséquence, à défaut de cette acceptation, l'acquéreur peut exiger le concours du vendeur à la quittance du prix, et il a le droit, si le vendeur refuse, de déposer le prix à la caisse des consignations.

[3] Aubry et Rau, IV, p. 220, note 41; Demolombe, XXVIII, n. 312; Laurent, XVIII, n. 315; Huc, VIII, n. 118, p. 158; Montpellier, 1er août 1832, S., 33. 2. 426, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2476. — Civ. rej., 8 juill. 1834, S., 34. 1. 504, D., *Répert. alph.*, vo *Priv. et hyp.*, n. 1685-4o; Dijon, 4 fév. 1847, S., 47. 2. 407, D. P., 47. 4. 152. — Req., 24 juill. 1889, S., 92. 1. 297, D. P., 89. 1. 395. — L'acceptation, par les créanciers du vendeur, de la délégation que celui-ci a faite à leur profit dans l'acte de vente, avec subrogation dans le privilège dudit vendeur, résulte de ce que les créanciers délégataires se sont présentés à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble vendu. — Civ. cass., 7 mars 1865, S., 65. 1. 165, D. P., 65. 1. 121. — Cette acceptation peut également résulter du commandement de payer que lesdits créanciers font à l'acquéreur. — Req., 6 juill. 1881, S., 83. 1. 224, D. P., 82. 1. 456.

le débiteur donne à la personne qu'il indique mandat de payer la dette [1]. Or le mandataire n'est pas personnellement obligé envers ceux avec lesquels il traite pour le compte du mandant. Au contraire, en cas de délégation imparfaite, le délégué, de même que le délégant, est débiteur du délégataire. Il est personnellement tenu envers ce dernier. D'autre part, sauf convention contraire, exprimée ou tacite, le débiteur, au cas de simple indication, a le droit de révoquer le mandataire, tandis que le délégant, une fois que la délégation est acquise, n'est jamais admis à supprimer directement l'obligation du délégué. Il ne peut la faire disparaître qu'en éteignant la dette.

1755. On a vu que, d'après certains auteurs, la délégation parfaite ne devient opposable aux tiers que par l'accomplissement de l'une ou de l'autre des formalités prescrites par l'art. 1690. Avec la majeure partie de la doctrine et avec la cour suprême, nous avons décidé que cette condition est inutile [2]. La même controverse existe relativement à la délégation imparfaite. Et il est remarquable que MM. Aubry et Rau, qui repoussent l'application de l'art. 1690 en matière de délégation parfaite, l'admettent quand il s'agit de la délégation imparfaite [3]. Ce qui paraît avoir décidé les éminents auteurs, c'est la considération que, dans la délégation imparfaite, il n'y a pas novation. N'est-ce pas là un trait commun à cette espèce de délégation et à la cession de créance? Sans doute! Mais qu'importe? Si, par ce côté, la délégation imparfaite ressemble à la cession de créance, elle en diffère considérablement à un autre point de vue. Dans la cession de créance, le débiteur reste bien le même, mais le créancier change. La délégation imparfaite ne produit pas ce dernier résultat. Elle a simplement pour effet de procurer au créancier un nouveau débiteur, qui vient s'ajouter au premier. Nous ne voyons même pas comment la question pourrait sembler plus délicate relativement à la délégation imparfaite qu'au sujet de la délégation parfaite [4]. La première, comme la seconde, est

(1) V. *supra*, n. 1745.
(2) V. *supra*, n. 1746.
(3) Aubry et Rau, IV, p. 432.
(4) V. cep. Larombière, V, p. 32 (art. 1276, n. 4).

tout autre chose que la cession de créance. L'argument est décisif [1].

1756. Nous avons résolu, en ce qui regarde la délégation parfaite, la question de savoir si l'obligation du délégué doit être maintenue, lorsque, au moment de son engagement, il se croyait par erreur obligé envers le délégant. Nous avons adopté l'affirmative [2]. Nous donnerons la même solution relativement à la délégation imparfaite. Peu importe que, dans cette délégation, le créancier ne décharge pas le délégant; ce n'est point une raison pour distinguer entre les deux cas. Même quand il s'agit de délégation imparfaite, le délégataire n'a point à rechercher les motifs qui déterminent le délégué à intervenir. Celui-ci ne pourrait donc pas refuser d'exécuter son obligation. Il ne pourrait pas davantage revenir sur le paiement qu'il aurait effectué. Nonobstant l'inexistence de la dette dont il se croyait tenu envers le délégant, le créancier, lors de ce paiement, n'aurait reçu que ce qui lui était dû.

Au surplus il arrive très souvent qu'au moment de la délégation, le créancier accorde un terme au délégant. S'il lui fait cette concession c'est en considération de l'engagement pris par le délégué. Est-il admissible que plus tard, peut-être à une époque où le délégant sera devenu insolvable, les juges puissent, à raison de la découverte que le délégué aura faite de son erreur, annuler l'obligation de ce dernier, c'est-à-dire l'obligation sans laquelle le créancier n'aurait pas compromis ses intérêts au regard du délégant [3]?

1757. Il semble qu'il y a, de la part de la pratique, une

[1] Duranton, XVI, n. 490, p. 499; Laurent, XVIII, n. 316; XXIV, n. 501, p. 495; Huc, VIII, n. 118, p. 158. — Req., 24 juill. 1889, S., 92. 1. 297 (note conforme de Garsonnet), D. P., 89. 1. 395. Aux termes de cet arrêt, la clause d'un acte de vente par laquelle le vendeur stipule de l'acheteur que ce dernier paiera son prix entre les mains de créanciers dudit vendeur, nommément désignés, ne constitue pas une cession de créance, mais une délégation contenue dans une stipulation pour autrui. Aussi n'est-elle pas soumise aux formalités prescrites par l'art. 1690. Elle est donc opposable aux tiers dès qu'elle a été acceptée, même tacitement, par les créanciers délégués. Dans l'espèce, il n'était pas douteux que ces créanciers avaient entendu réserver leurs droits contre le vendeur et que, par conséquent, la délégation était imparfaite.

[2] V. *supra*, n. 1751.

[3] Demolombe, XXVIII, n. 326.

certaine tendance à substituer à l'emploi de la délégation imparfaite celui de la stipulation pour autrui. Comment expliquer ce fait?

Le but qu'on se propose est de faire acquérir au créancier une action contre un tiers sans libérer l'ancien débiteur. Pour que ce but soit atteint par la délégation imparfaite, il ne suffit pas qu'il y ait accord entre le débiteur et le tiers qui consent à s'obliger. Il faut, en outre, qu'un contrat intervienne entre celui-ci et le créancier. Or, nécessairement, ce contrat ne se forme que plus ou moins longtemps après que le débiteur et le tiers ont convenu de la délégation. Au contraire, si l'on recourt à la stipulation pour autrui, l'action du créancier contre le tiers, du moins dans la théorie que nous croyons préférable, prend naissance au moment même où le débiteur stipule de ce tiers au profit du créancier. L'acceptation que ce dernier fera ultérieurement aura pour effet, non point de produire cette action, mais seulement de rendre irrévocable la stipulation pour autrui (1). Le but poursuivi est donc atteint immédiatement.

La tendance dont il s'agit s'est manifestée notamment dans le cas où des héritiers conviennent, lors du partage, qu'une dette hypothécaire sera entièrement à la charge de l'un d'entre eux. Le créancier acquiert, par l'effet de cette convention, et avant toute acceptation de sa part, une action contre le cohéritier qui est tenu du total de la dette, et il conserve contre chacun des autres son action pour leurs parts respectives (2).

Si la tendance dont nous parlons s'affirme et se généralise, l'art. 1275 deviendra lettre morte, et les cas auxquels il est destiné à s'appliquer rentreront tous dans le domaine de l'art. 1121 (3).

(1) V. notre tome I, n. 154.

(2) Cpr. req., 12 fév. 1829, S. chr., IX. 1. 231, D. *Répert. alph.*, v° *Prescription*, n. 633.

(3) Cpr. Edouard Lambert, *La stipulation pour autrui* (thèse, Paris, 1893), *Droit franç.*, n. 210; Planiol, II, n. 585-588. — Cette tendance, toutefois, nous paraît moins marquée que ces auteurs ne paraissent le penser. D'après nous, il n'y a qu'une indication de tendance. D'ailleurs les praticiens ne font guère qu'entrevoir la différence qui existe entre la délégation imparfaite et la stipulation pour autrui. — V. notamment Req., 24 juillet 1889, précité.

APPENDICE A L'ÉTUDE DE LA NOVATION

DE LA CESSION DE DETTES [1]

1758. On peut, au moyen de la novation, substituer un débiteur à un autre. Mais, alors même que l'obligation imposée au second débiteur est, à tous les autres points de vue, pareille à l'ancienne, elle n'en constitue pas moins une obligation nouvelle. De là, notamment, ces deux conséquences : d'une part, le second débiteur n'est pas admis à invoquer les exceptions que le premier pouvait opposer, et, d'autre part, le créancier ne peut plus — du moins en principe — se prévaloir des garanties de la dette primitive.

Une conception sensiblement différente s'est fait jour dans le droit allemand, celle de la cession de dette ou succession à titre particulier aux dettes.

Dans cette dernière opération, il n'y a pas changement de dette, mais seulement substitution d'un débiteur à un autre dans un rapport obligatoire qui demeure le même. En d'autres termes, de même que, dans la cession de créances, l'obligation est transmise à titre particulier au point de vue actif, de même, dans la cession de dettes, elle est transmise à titre particulier au point de vue passif. Le rapport obligatoire n'étant point modifié par la cession de dettes, les exceptions qui appartenaient à l'ancien débiteur peuvent être

[1] V. Delbrück, *Die Uebernahme fremder Schulden, nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin, 1853; Menzel, *Zur Lehre von der Schuldübernahme*, dans Grünhut's Zeitschrift für das Privat und offentliche Recht, XI, p. 581-609 et 655-679, 1884; Unger, *Schuldübernahme*, Vienne, 1889; Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890, n. 81-83, p. 68-73, n. 105-110, p. 92-103, et *De la cession de dettes*, dans les *Annales de Droit commercial*, 1890, 1re partie (Doctrine), p. 1-47; Munster, *Ueber die Singularsuccession in Schulden*, Inaugural Dissertation, Göttingen, 1893; Coviello, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, dans *Archivio giuridico*, LVI (1896), p. 287-343, et LVII (1897), p. 89-200 et p. 334-386; Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898. — M. Saleilles a donné un important compte-rendu de cet ouvrage dans les *Annales de Droit commercial*, 1899, 1re partie, Doctrine, p. 82-94. — V. pour compléter la bibliographie, Coviello, *op. cit.*, *Archivio giuridico*, LVI, p. 287-288; Gaudemet, *op. cit.*, p. XI XII, et Saleilles, *Annales de Droit commercial*, 1899, 1re partie, p. 94, note 1.

opposées par le nouveau, et les garanties fournies avant la cession sont maintenues.

Ainsi la cession de dettes et la novation par changement de débiteur diffèrent profondément l'une de l'autre, et leur distinction présente un réel intérêt pratique [1].

Il ressort de ce qui précède que la cession de créances et la cession de dettes sont deux institutions qui se complètent réciproquement. C'est seulement lorsqu'elles sont admises l'une et l'autre que les obligations sont mobilisées sous leurs deux faces [2].

1759. Déterminons le rôle économique du transport de dettes : Pierre doit à Jean 100.000 fr., prix d'une maison qu'il lui a achetée. A l'échéance, n'ayant pas de fonds disponibles, il veut acquitter sa dette sans déplacement de numéraire. S'il est créancier de pareille somme à l'égard d'un tiers, il peut atteindre son but en cédant sa créance à Jean. Ce moyen lui échappera s'il n'est le créancier de personne. Mais, dans ce cas, il peut arriver à ses fins en recourant à un transport de dette, si, du moins, son vendeur est lui-même le débiteur d'un tiers. Supposons, par exemple, que Jean est tenu de rembourser une somme par lui empruntée, et, pour plus de simplicité, supposons qu'il s'agisse d'un prêt de 100.000 fr. Pierre n'aura qu'à se charger d'acquitter la dette de Jean; cette dette sera ainsi transportée dans son patrimoine, et, par suite, Pierre se trouvera libéré au regard de Jean, sans avoir déplacé de fonds. Peu importe donc, au point de vue du but poursuivi par Pierre, le procédé qu'il emploie : « Dans le transport de créances, dit fort bien M. Gaudemet, on fait passer un élément actif du patrimoine de celui qui s'appauvrit dans le patrimoine de celui qui s'enrichit. Dans le transport de dettes, c'est un élément passif qui passe du patrimoine de celui qui s'enrichit dans le patrimoine de celui qui s'appauvrit. Le résultat est le même dans les deux cas : la soustraction d'une quantité négative équivaut à l'addition d'une quantité positive ».

(1) Pour plus de détails sur cet intérêt pratique, v. *infra*, n. 1762.
(2) V. Saleilles, *Ann. de dr. comm.*, 1890, 1re partie (Doctrine), p. 11, n. 13.

Mais, jusqu'ici, nous n'avons montré qu'imparfaitement la portée économique du transport de dettes. Pour la faire apparaître complètement, considérons les effets de ce transport à l'égard du créancier : Jean a vendu sa maison à Pierre pour 100.000 fr., et celui-ci a prêté 100.000 fr. à Paul. Pierre peut, sans déplacement de fonds, se libérer envers Jean, soit en lui cédant sa créance contre Paul, soit en transportant à Paul la dette par lui contractée envers Jean, si, du moins, celui-ci adhère au transport de la dette. Or, bien que, dans l'une et dans l'autre hypothèses, Paul devienne le débiteur de Jean, la situation n'est point la même pour ce dernier. S'il y a transport de créance, Paul doit le remboursement d'un prêt. S'il y a transport de dette, il doit un prix de vente. Dans le premier cas, l'obligation a pour source un contrat auquel le créancier a été étranger. Dans le second cas, elle découle du contrat où le créancier a été partie. Donc, tandis que le transport de créance modifie nécessairement la situation du créancier, le transport de dette, si, du moins les deux débiteurs successifs sont également solvables, ne change rien à cette situation [1].

1760. Si l'on tient compte de la distinction classique entre la *contribution aux dettes* et l'*obligation aux dettes*, on comprend que le transport de dettes, entendu dans un sens large, est susceptible d'avoir un effet plus ou moins complet. Pour qu'il y ait transport, il faut évidemment que la charge de la contribution passe d'un patrimoine à un autre. L'effet du transport ne saurait être plus réduit. Mais il se peut aussi que l'obligation à la dette soit transférée à un nouveau débiteur, sans cesser, d'ailleurs, de peser sur le débiteur primitif. Il se peut enfin qu'elle soit transférée et que le premier débiteur soit libéré. De sorte qu'en définitive, trois hypothèses peuvent se concevoir. Nous dirons, en employant la terminologie allemande, qu'il y a, dans la première, *promesse d'exécution* (*Erfüllungsübernahme*), dans la deuxième, *transport cumulatif* ou *imparfait* (*kumulative Schuldübernahme, bestärkende Schuldübertragung*), dans la troisième, *transport*

[1] Gaudemet, *op. cit.*, p. 4-7.

privatif ou *parfait* (*privative Schuldübernahme, berfreiende Schuldübertragung*) [1]. C'est évidemment dans cette dernière hypothèse que le transport produit l'effet le plus complet, puisque c'est alors seulement que le débiteur primitif est absolument exonéré de la dette.

Le transport de dettes privatif, fait remarquer M. Gaudemet, n'atteint pleinement son but que lorsqu'il opère non seulement la libération du premier débiteur, mais aussi la succession à titre particulier à la dette, c'est-à-dire la substitution d'un débiteur à un autre sans que le rapport obligatoire antérieur soit modifié en lui-même [2]. Mais il nous semble que l'expression même de *transport privatif* suppose qu'il en est ainsi. Distinguer entre le transport privatif qui opère succession à titre particulier à la dette et celui qui n'opère pas cette succession, c'est, croyons-nous, détourner les mots de leur sens naturel et compliquer inutilement la matière. Le transport de dettes privatif ne mérite véritablement son nom que s'il est la contre-partie de la cession de créances ; or celle-ci opère essentiellement succession à titre particulier au point de vue actif. Pour nous, on ne saurait dire que, dans la délégation romaine, il y avait transport de dette, pas plus qu'on ne peut dire qu'à Rome, dans la novation par changement de créancier, il y avait cession de créance. Nous emploierons désormais l'expression *cession de dettes* pour désigner le transport de dettes opérant succession à titre particulier.

1761. La cession de dette libère le débiteur primitif. Or ce résultat ne saurait se produire contre la volonté du créancier. Sans doute, si la cession fait perdre à ce dernier un débiteur, elle lui en fait acquérir un autre. Mais il se peut que le second débiteur ne lui inspire pas autant de confiance que le premier. Il est donc inadmissible qu'on impose au créancier un changement d'obligé.

M. Laurent pense que cette considération doit faire déclarer la cession de dettes juridiquement et légalement impossible :

[1] V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 10 et les auteurs par lui cités en note. — V. aussi Saleilles, *De la cession de dettes*, dans les *Ann. de dr. comm.*, 1890, 1re partie, *Doctrine*, n. 12, p. 11.

[2] Gaudemet, *op. cit.*, p. 13-18.

« Si l'on cède ses créances, dit-il, on ne cède pas ses dettes ». Et il invoque « le *principe élémentaire* que le débiteur ne peut pas céder ses obligations » (1). « *Le Code,* dit encore le même auteur, *n'admet pas* que les dettes puissent être cédées; le débiteur est lié envers le créancier, et il ne peut pas se dégager de ce lien » (2). Mais, pour sauvegarder les droits du créancier, il n'est pas besoin de se rallier à l'opinion de M. Laurent (3). Cela résulte bien des diverses théories qui ont été élaborées sur la matière.

Dans toutes ces théories, en effet, l'intervention du créancier joue un rôle important. Ce rôle est d'ailleurs compris de deux façons bien différentes. D'après certains auteurs, l'assentiment du créancier est nécessaire pour la réalisation même de la cession. Tant qu'il n'a pas été manifesté, celle-ci n'existe qu'à l'état de projet ou d'offre collective faite au créancier par le débiteur et par celui qui se présente pour devenir cessionnaire. Dans un autre système, la cession est considérée comme réalisée dès que la convention a été conclue entre les deux débiteurs successifs. L'adhésion du créancier a seulement pour effet de lui rendre la cession opposable. On ne saurait aller plus loin sans méconnaître les droits de ce dernier. Ce système, nous le verrons, a été consacré par le Code civil allemand (4).

1762. Nous avons indiqué rapidement ou fait pressentir les différences qui existent entre la novation et la cession de dettes. A raison de l'importance de la question, nous devons revenir sur ces différences pour les préciser et pour en compléter l'énumération. La novation n'est pas autre chose que la substitution d'une dette à une autre. La nouvelle obligation tire son origine de la convention intervenue entre le second débiteur et le créancier. Au contraire, dans la cession de dettes, c'est l'obligation primitive qui passe sur la tête du cessionnaire, et, par suite, même après avoir été transmise à ce dernier, l'obligation découle du titre que le créancier pou-

(1) Laurent, XXV, n. 211.
(2) Laurent, XXIV, n. 529.
(3) Gaudemet, *op. cit.*, p. 11-13; Planiol, II, n. 419.
(4) V. *infra*, n. 1764.

vait invoquer contre le cédant. Telle est la différence primordiale. Elle en engendre plusieurs autres.

Au cas de novation, les droits du créancier remontent seulement au contrat passé entre celui-ci et le nouveau débiteur, tandis que, dans la cession de dettes, ils datent (du moins d'après certains auteurs et dans le système du Code civil allemand) du contrat formé entre le cédant et le cessionnaire.

La dette créée par la novation peut avoir des caractères différents de ceux qu'avait la dette novée. Ainsi, lorsque cette dernière était commerciale ou productive d'intérêts, il ne s'ensuit point qu'il en est de même de la nouvelle dette. Au contraire la dette cédée conserve ses caractères, et, par exemple, demeure commerciale ou continue à produire des intérêts, si tel était son cas avant la cession [1].

Au cas de novation par changement de débiteur, ainsi que nous l'avons déjà dit, le nouveau débiteur n'a pas le droit d'opposer les exceptions qui appartenaient à l'ancien, et, en principe, les garanties de la première obligation ne passent pas à la seconde. Au cas de cession de dette, les exceptions et les garanties de la dette cédée subsistent.

Si celui qui veut se mettre au lieu et place d'un débiteur au moyen d'une novation, meurt ou devient incapable avant que le créancier ait consenti, l'acceptation que celui-ci donnerait ensuite serait sans effet, le contrat novatoire ne pouvant plus se former. En matière de cession de dette, la survenance de la mort ou de l'incapacité du second débiteur après la convention passée entre lui et le débiteur primitif n'empêcherait pas le créancier d'accepter utilement, son acceptation ayant simplement pour objet de rendre la cession parfaite à son égard. Telle est, du moins, la conséquence forcée de la théorie qui a été consacrée par le législateur allemand de 1896.

1763. La cession de dettes représente le point d'arrivée de l'évolution qui s'est produite relativement à la notion d'obligation. Il a fallu bien des siècles pour que cette évolution fût complète, encore n'est-elle aujourd'hui terminée que dans le droit allemand.

[1] Saleilles, *op. cit.*, p. 18, n. 19.

L'obligation, telle que le droit romain l'a conçue, est un lien essentiellement personnel, en ce sens qu'elle ne saurait être envisagée indépendamment des deux sujets entre lesquels elle a pris naissance. Cela s'explique d'abord par le caractère formaliste de l'ancien droit romain : une obligation ne pouvait exister qu'entre les personnes qui avaient accompli les solennités prescrites par la loi à cet effet. Les nouvelles solennités qu'on aurait employées pour changer le créancier ou le débiteur auraient fait naître une obligation nouvelle. L'ancienne aurait été anéantie. De plus, la charge de la dette pesait sur la personne même du débiteur, ainsi que le montrent bien la *manus injectio* et ses conséquences, *addictio, venditio trans Tiberim*, mise à mort du débiteur. C'est seulement d'une façon indirecte que le patrimoine de celui-ci pouvait être atteint.

Ainsi comprise, l'obligation n'est transmissible ni au point de vue actif, ni au point de vue passif [1].

Mais, après quelques siècles, cette conception fut trop contraire aux exigences de la pratique pour qu'on ne s'efforçât pas d'en écarter l'application, du moins dans une large mesure. Dès lors se déclara un mouvement qui tendait à mobiliser l'obligation et qui devait effacer peu à peu son caractère personnel, en la faisant considérer comme un élément du patrimoine. Ce fut d'abord pour la succession à titre universel qu'on éprouva le besoin de déroger au vieux principe. De bonne heure, probablement au ve siècle, on admit la transmission des créances à l'héritier. Puis, environ deux siècles plus tard, on étendit la solution aux dettes. Mais, pour dissimuler l'innovation, les jurisconsultes imaginèrent la fiction *hæres sustinet personam defuncti* [2].

Quant à la succession à titre particulier, le progrès ne se fit que beaucoup plus lentement : en ce qui concerne les créances, les Romains, sans jamais poser en principe la possibilité de cette succession, recoururent en pratique à divers biais qui leur permirent de se rapprocher plus ou moins du

[1] Pour les détails, v. Gaudemet, *op. cit.*, p. 27-30.
[2] Pour les détails, v. Gaudemet, *op. cit.*, p. 39-42.

but poursuivi. Ces procédés furent d'abord la novation par changement de créancier, puis la *procuratio in rem suam,* puis l'application du système des actions utiles [1]. Mais, nous le répétons, jamais à Rome la transmissibilité des créances ne fut véritablement admise, et même, à une époque relativement récente, la doctrine la considérait encore comme incompatible avec l'essence de l'obligation : « *Nomina adeo ossibus hominum inhærent,* disaient les glossateurs, *ut nunquam separentur* » [2]. Doneau se prononçait, il est vrai, pour le transfert des créances, mais, d'après lui, ce transfert s'opérait par la cession de l'action utile. Sa théorie portait donc la trace des idées romaines [3]. Pothier lui-même, à la veille de la rédaction du Code civil, écrivait : « Une créance, étant un droit personnel du créancier, *un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas,* à *ne considérer que la subtilité du droit,* se transporter à une autre personne, ni par conséquent se vendre. Elle peut bien passer à l'héritier du créancier, parce que l'héritier est le successeur de la personne et de tous les droits personnels du défunt; mais, *selon la subtilité du droit,* elle ne peut pas passer à un tiers; car le débiteur, s'étant obligé envers une certaine personne, ne peut point, par le transport de la créance, transport qui n'est pas de son fait, devenir obligé envers un autre » [4]. Mais, après avoir dit que les jurisconsultes romains avaient inventé « une manière de transporter les créances sans le consentement ni l'intervention du débiteur » et que ce procédé consistait dans la *procuratio in rem suam,* il ajoutait : « De là il s'est établi, dans la pratique, qu'on peut transporter les créances, les donner, les vendre et en disposer à quelque titre que ce soit; et *il n'est pas même nécessaire que l'acte, qui en contient le transport, exprime le mandat dans lequel nous venons d'expliquer que ce transport*

(1) V. notamment Girard, *op. cit.*, p. 713-719.

(2) Glossa, *ad* L. 16, D., *De pecul.*, XV, 1 ; *ad* L. 3, D., *Pro socio,* XVII, 2 ; *ad* L. 1, C., *per quas personas,* IV, 27.

(3) *Comm. de jure civili,* lib. XV, cap. 44. — V. Saleilles, *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, n. 78, p. 66.

(4) Pothier, *Vente*, n. 551, al. 1 (édit. Dupin, II, p. 244). — V. aussi *Obligations,* n. 605, al. 2 (même édit., I, p. 358), et *Introduction à la cout. d'Orléans,* tit. XX, sect. V, n. 68 (même édit., X, p. 845).

consiste » (1). En somme, on peut dire qu'en ce qui regarde la succession à titre particulier aux créances, l'évolution s'est complétée au XVIIIe siècle (2).

La transmissibilité des dettes à titre particulier a rencontré encore plus de résistances. Le droit romain n'a jamais connu que la délégation. Or ce procédé, s'il permettait d'obtenir la libération de l'ancien débiteur, ne produisait point la succession à titre particulier ; il pouvait avoir pour effet de remplacer un débiteur par un autre en changeant la dette, mais non de substituer un débiteur à un autre en laissant subsister le premier rapport obligatoire (3).

Dans la suite, notre ancien droit coutumier obtint, au moyen de la stipulation pour autrui, des résultats qui se rapprochaient beaucoup plus de ceux de la cession de dettes : le premier débiteur stipulait du second, dans l'intérêt du créancier, le paiement de la dette, et, pratiquement, le créancier se trouvait à peu près dans la même situation que si la charge de la dette primitive avait pesé désormais sur le promettant (4). Mais, à proprement parler, ce procédé ne réalisait point la succession à titre particulier, car, théoriquement, la dette qui grevait le nouveau débiteur était distincte de celle qui incombait à l'ancien, puisqu'elle avait pour titre, non pas le contrat originaire, mais le contrat passé entre le premier débiteur et le second, et, au surplus, la stipulation pour autrui ne permettait pas de libérer l'ancien débiteur. Ainsi le résultat qui pouvait être obtenu par la délégation, ne pouvait pas l'être par la stipulation pour autrui (5).

Dès le XVIe siècle, du moins, les praticiens reconnurent que, dans certaines hypothèses, il importait d'admettre la cession de dettes. Ces hypothèses étaient : 1° les aliénations de patrimoines entiers ou de quotes-parts de patrimoines, notamment la vente ou la donation d'une hérédité, l'aliénation à fonds

(1) Pothier, *Vente*, n. 551, al. 4.

(2) Gaudemet, *op. cit.*, p. 42-44.

(3) On trouvera une longue étude théorique et historique de la délégation romaine dans Gaudemet, *op. cit.*, p. 49-195.

(4) Gaudemet, *op. cit.*, p. 326-328.

(5) V. pour les détails, Gaudemet, *op. cit.*, p. 349-376.

perdu ou à charge de rente viagère, lorsque cette aliénation portait sur l'ensemble d'un patrimoine; 2° la communauté entre époux, les créanciers acquérant, pour les dettes antérieures au mariage, une action directe contre la communauté; 3° l'imputation de dettes sur un prix de vente, qui, en pratique, se rencontrait surtout dans les aliénations d'immeubles hypothéqués (1).

Ces hypothèses attirèrent l'attention des jurisconsultes non seulement en Allemagne (2), mais aussi en Italie et en France (3). Mais, dans ces deux derniers pays, la codification intervint avant que la doctrine eût élaboré une théorie de la cession de dettes, et le mouvement fut arrêté.

En Allemagne, il en fut autrement. Au XIXe siècle, il est vrai, Mulhenbruch, Savigny et les autres romanistes ralentirent la dernière phase de l'évolution en présentant comme un axiome l'incompatibilité de l'idée de succession à titre particulier et de la notion d'obligation. Mais, dès 1852, Brinz émettait des doutes sur l'exactitude de cette proposition (4), et, l'année suivante, Delbrück faisait paraître le livre dans lequel, le premier, il présentait une construction juridique de la cession de dettes ou, pour traduire exactement l'expression allemande, de la *reprise de dettes*. Son ouvrage a pour titre : *Die Uebernahme fremder Schulden* (5).

Delbrück, toutefois, n'avait pas su s'affranchir complètement de l'influence romaine, car, tandis qu'il soutenait la transmissibilité absolue de la créance et de la dette, il admettait en même temps — comme si les deux propositions n'avaient pas été contradictoires — l'intransmissibilité de l'obligation. La combinaison de ces idées le conduisait notamment aux conclusions suivantes : dans ses rapports avec le débiteur primitif, le reprenant est seulement tenu d'indemniser ce débiteur, si celui-ci paie la dette; d'où il résulte que l'ancien débiteur, tant qu'il n'est pas poursuivi par le créancier, ne peut

(1) Saleilles, *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, p. 69, note 1.
(2) V., pour les détails, Gaudemet, *op. cit.*, p. 434-447.
(3) V., pour les détails, Gaudemet, *op. cit.*, p. 448-455.
(4) Krit-Blätter, 1852, n. 3, p. 34.
(5) V. Saleilles, *op. cit.*, n. 81 et 82, p. 70 *in fine*, 71.

pas agir contre le reprenant et que, par conséquent, il ne saurait lui demander de lui rapporter sa libération. Quant au créancier, il acquiert immédiatement une action contre le reprenant. Il n'est donc pas besoin, à cet effet, qu'il ait adhéré à la convention de reprise ni même que cette convention lui ait été notifiée. D'ailleurs, il peut agir aussi contre le débiteur primitif, et il le peut alors même qu'il a accepté le reprenant pour obligé. La libération du débiteur originaire ne peut résulter que d'une manifestation spéciale de volonté. En un mot, à défaut de cette manifestation, il y a simplement transport de dette cumulatif (1).

Le système de Delbrück eut un très grand retentissement (2). Les autres auteurs furent d'accord pour rejeter sa distinction entre l'obligation et la dette; mais, tandis que Kuntze se prononça pour le principe romain de l'intransmissibilité de l'obligation au point de vue passif (3), Windscheid défendit l'opinion contraire. Cette dernière thèse obtint de nombreuses adhésions. C'est elle qui comptait le plus de partisans au moment de l'élaboration du Code civil allemand (4).

1764. Le Code prussien de 1794 (*Allgemeines Landrecht*) contient quelques dispositions qui, du moins telles qu'elles ont été interprétées, marquent l'acheminement vers le triomphe du système moderne (art. 399-412) (5). Mais le Code civil pour l'empire d'Allemagne dont le texte définitif, nous le rappelons, ne fut voté qu'en 1896, est le premier qui ait véritablement admis la succession à titre particulier aux dettes. Il lui consacre, dans son livre II, relatif au « Droit des obligations », la section V, qui, sous la rubrique « Reprise de dette » (*Schuldübernahme*), réglemente l'institution (art. 414-419) (6).

(1) V., pour l'exposé complet du système de Delbrück, Gaudemet, *op. cit.*, p. 456-468.

(2) V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 468, note 4.

(3) V., pour la critique du système de Kuntze, Gaudemet, *op. cit.*, p. 19-26.

(4) Sur les successeurs de Delbrück (Windscheid, Gurgens, Regelsberger, etc.), v. Gaudemet, *op. cit.*, p. 469-475.

(5) Sur l'état de la législation avant le Code civil allemand, v. Saleilles, *op. cit.*, n. 83, p. 71 *in fine*-73; Gaudemet, *op. cit.*, p. 290-299.

(6) Cette section correspond aux art. 314-319 (liv. II, tit. IV, sect. II) de la première lecture du projet, aux art. 357-362 du deuxième projet, aux art. 408-413 du projet définitif soumis au Reichstag en 1896. Ces textes ont été sensiblement mo-

Le Code civil allemand dispose que la succession à titre particulier à la dette peut résulter soit d'un contrat entre le créancier et le nouveau débiteur (art. 414), soit d'un contrat entre l'ancien débiteur et le nouveau (art. 415). Dans la première hypothèse, il y a *expromissio*, par conséquent novation par changement de débiteur, mais, ici, la novation opère succession à la dette [1]. C'est seulement dans la seconde hypothèse que la reprise de dette présente un caractère original [2].

Dans la théorie admise par les rédacteurs du code, la convention passée entre le débiteur primitif et le *preneur de dette* ou *reprenant* (*Uebernehmer*) est un acte de disposition du droit d'autrui. Cet empiètement est réalisé par le contrat entre les deux débiteurs, mais il ne devient définitif que par l'adhésion du créancier. Art. 415, al. 1 *in pr.* [3].

Précisons le caractère de cette adhésion : elle ne constitue point l'acceptation d'une offre collective, faite au créancier par le débiteur primitif et par le reprenant, d'agréer le second comme débiteur et de libérer le premier : « C'est, suivant la formule de M. Gaudemet, un acte juridique unilatéral par lequel le créancier reconnaît valable à son égard la convention de reprise et s'en approprie les effets » [4].

Le créancier ne peut, d'ailleurs, donner son adhésion qu'après avoir reçu du débiteur primitif ou du reprenant notification du contrat qui a été passé entre ces deux derniers. Art. 415, al. 1 *in fine*. C'est qu'en effet, il est naturel de présumer que les parties ont entendu se réserver le droit de révoquer

difiés dans l'intervalle de la première à la seconde lecture; celle-ci, au contraire, en ce qui les regarde, n'a subi que des corrections de pure forme. Sur le premier projet, v. Saleilles, *op. cit.*, n. 105-111, p. 92-104.

[1] C'est la consécration de la doctrine de Salpuis. V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 60-69.

[2] Gaudemet, *op. cit.*, p. 496-497.

[3] Ce n'est là que l'application d'une théorie générale dont les principes sont posés dans les art. 182-185. V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 499. — Dès la première lecture, la possibilité de la reprise de dette fut vivement contestée. Sur les critiques formulées par Bahr, Gierke et Seuffert, v. le même ouvrage, p. 500-501. — Sur les discussions de la commission de révision, v. encore Gaudemet, *op. cit.*, p. 501 *in fine* 505.

[4] Gaudemet, *op. cit.*, p. 506.

librement la convention, tant qu'elles ne l'auront pas portée à la connaissance du créancier. Cette disposition a, au surplus, l'avantage d'épargner aux juges les difficultés que pourrait soulever l'interprétation de la volonté des parties quant au point de savoir s'il y a eu reprise de dette ou simplement promesse d'exécution. Toutefois le code ne prescrit aucune forme pour l'adhésion. Elle peut donc être tacite ([1]).

Afin que le créancier qui a reçu la notification ne puisse pas, en restant inactif, laisser le sort de l'opération en suspens, le débiteur ou le reprenant peut, en notifiant le contrat, lui fixer un délai pour faire connaître sa décision. A défaut de déclaration dans ce délai, le créancier est censé refuser. Art. 415, al. 2 *in fine*.

Si le créancier refuse d'adhérer au contrat « la reprise de dette est non avenue » (art. 415, al. 2 *in princ.*), ce qui signifie non pas que la reprise de dette tombe à l'égard des deux débiteurs successifs, mais simplement que le créancier ne peut pas revenir sur son refus et qu'une nouvelle notification émanant seulement du débiteur ou du reprenant ne saurait rendre au créancier le pouvoir d'accepter ([2]).

Quels sont, dans le système du code, les effets de la reprise de dette?

Envisageant ces effets dans les rapports du débiteur primitif et du reprenant, le code dispose en ces termes : « Tant que le créancier n'a pas donné son adhésion, le reprenant, en cas de doute, est tenu de satisfaire le créancier en temps utile. Il en est de même lorsque ce dernier refuse son adhésion ». Art. 415, al. 3 ([3]).

Mais quels sont les effets de la reprise dans les rapports du créancier et du débiteur primitif? Celui-ci, tant que l'adhésion du créancier n'est pas intervenue, demeure tenu envers lui. Mais, après cette adhésion, il est libéré avec effet rétroactif au jour de la convention de reprise. Cette libération est absolue, et, par suite, au cas d'insolvabilité du

([1]) Gaudemet, *op. cit.*, p. 506-508.

([2]) Gaudemet, *op. cit.*, p. 510 *in fine*-511.

([3]) Sur les solutions proposées avant le code, notamment dans le premier projet, v. Gaudemet, *op. cit.*, p. 515-516.

reprenant, le créancier n'aurait aucun recours contre l'ancien débiteur.

Enfin, dans les rapports du reprenant et du créancier, les effets de la reprise de dette peuvent être ramenés à cette idée générale : le reprenant succède à titre particulier à la dette, et, par conséquent, c'est l'obligation primitive qui pèse sur lui. Il s'ensuit que si la dette produisait des intérêts avant la convention de reprise, fût-ce à l'insu du reprenant, celui-ci les doit du jour de cette convention. Il s'ensuit aussi que le reprenant peut opposer au créancier les mêmes exceptions que l'ancien débiteur, car, par l'effet de la reprise de dette, il n'est plus étranger aux rapports juridiques d'où résultent ces exceptions. Art. 417, al. 1er *in princ.* Toutefois, il n'aurait pas le droit d'opposer en compensation une créance appartenant au débiteur primitif. Même al. *in fine.* Cela provient de ce que la compensation, telle qu'elle est réglementée par le Code civil allemand, n'a lieu que si l'une des deux personnes, réciproquement créancières et débitrices, déclare à l'autre qu'elle entend se prévaloir de sa créance pour l'extinction de sa dette. Dans ce système, la compensation ne saurait être opérée que par le titulaire de la créance. Le reprenant ne pouvait donc pas être admis à l'invoquer, sauf dans le cas où l'ancien débiteur lui aurait cédé d'une façon spéciale son droit contre le créancier (1).

Mais, si le reprenant peut, comme nous venons de le dire, opposer au créancier les exceptions nées des rapports juridiques ayant existé entre celui-ci et le débiteur primitif, il ne saurait, au contraire, se prévaloir contre lui d'exceptions tirées des rapports juridiques formés entre les deux débiteurs successifs et qui constituent la cause de la reprise. Art. 417, al. 2. Ainsi, en ce qui regarde le créancier, la convention de reprise est considérée comme un acte abstrait. Le motif, c'est que le créancier est dans l'impossibilité de se renseigner sur les rapports dont nous avons parlé en dernier lieu (2).

(1) Saleilles, *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, n. 56, p. 42 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 520 *in fine* et 521.

(2) V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 521 *in fine*-524.

Logiquement, puisque la dette primitive subsiste après la reprise, les rédacteurs du Code civil allemand auraient dû admettre le maintien de ses accessoires (cautionnements, gages et hypothèques). Telle était, au surplus, la disposition de l'art. 317 de la première lecture du projet : « Les droits accessoires qui sont attachés à la créance et qui la garantissent au moment de la reprise de dette, sont maintenus. » Toutefois cet article ajoutait : « Cependant ceux qui résultent d'un cautionnement ou d'une constitution de gage consentis par un tiers ne subsisteront pas, à moins que la caution ne se soit obligée ou que le gage n'ait été fourni sans considération de la personne du premier débiteur ou que l'objet du gage n'appartînt légalement à celui-ci lors de la reprise de dette ». Cette disposition était nécessaire pour que l'intention de la caution ou du propriétaire de la chose engagée ne fût pas méconnue, car, lorsqu'ils n'ont consenti à répondre que d'une personne déterminée, on ne saurait les considérer comme ayant répondu d'une personne quelconque.

Le code va plus loin : « Par l'effet de la reprise, dit-il, les cautionnements et les droits de gage qui garantissent la créance s'éteignent. Si la créance est pourvue d'une hypothèque, le créancier est censé avoir renoncé à cette dernière ». Mais il ajoute : « Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la caution ou celui qui, au moment de la reprise, est propriétaire de l'objet engagé, acquiesce à celle-ci ». Art. 418, al. 1.

On voit quelle est la notion moderne de l'obligation : celle-ci, même au point de vue passif, n'est plus considérée comme un lien personnel, sauf quand son exécution n'est susceptible d'émaner que du débiteur primitif à raison des aptitudes ou des qualités de ce dernier. Mais, hors de cette hypothèse, la personne du débiteur n'est pas un des éléments de la dette. L'essence de l'obligation, suivant les expressions de M. Saleilles, consiste « dans la nature de la prestation à accomplir », la façon dont elle doit l'être et « la somme d'activité » à laquelle elle peut engager, ce qu'on a appelé « le contenu de l'obligation, le *præstare* des Romains », et ce *præstare* « peut avoir une valeur à part indépendante de la personne

et circuler comme tel » [1]. Ainsi la personne du débiteur devient étrangère à l'essence de l'obligation; elle n'a d'importance qu'au point de vue des chances de paiement. Il ne s'ensuit point, sans doute, que la cession de dette soit opposable au créancier contre son gré, mais il en résulte, du moins, que, s'il adhère à cette convention, la substitution d'un nouveau sujet passif à l'ancien dans le rapport obligatoire préexistant est possible même à son égard.

1765. Historiquement, — nous le savons —, entre la délégation romaine et la cession de dettes, la stipulation pour autrui a été employée pour faire passer une dette sur la tête d'une autre personne. Le mécanisme de ce procédé est fort simple : le débiteur stipule d'un tiers qu'il paiera le créancier, et celui-ci acquiert ainsi une action contre le promettant, qui devient, par conséquent, à son égard, un nouveau débiteur, tenu de la même obligation que l'ancien. Mais le procédé est imparfait : il ne permet pas d'obtenir complètement le résultat désirable, et, notamment, s'il procure au créancier un autre débiteur, il ne libère pas le débiteur primitif [2].

Le Code civil français — nous l'avons déjà dit — ignore absolument la succession à titre particulier aux dettes, mais il présente un cas fort notable de transmission de dette au moyen d'une stipulation pour autrui sous-entendue par la loi. Nous voulons parler de la disposition de l'art. 1743. Ce texte, prévoyant la vente d'immeubles occupés par des locataires, décide que l'acquéreur est tenu, en principe, d'entretenir les baux, lorsque, du moins, ceux-ci sont constatés par des actes authentiques ou ayant date certaine. La question de savoir quel est le fondement juridique de cette disposition a donné lieu à des controverses célèbres, que nous n'avons pas à rappeler [3]. Disons seulement que, d'après nous, l'explication suivante est la vraie : On sait que, sous l'empire de l'ancien droit, la pratique avait pris l'habitude d'insérer dans les actes de ventes d'immeubles une clause par laquelle le vendeur

[1] Saleilles, *op. cit.*, n. 82, p. 71.

[2] V. *supra*, n. 1763, p. 78.

[3] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 1re édit., n. 527-528, et 2e édit., n. 684-685, et les auteurs cités. — *Adde* Planiol, II, n. 1762-1766.

stipulait de l'acquéreur qu'il renonçait au droit d'expulser le locataire et même qu'il exécuterait toutes les obligations du bailleur. Les parties arrivaient ainsi, au moyen d'une véritable stipulation pour autrui, à faire passer la dette du vendeur sur la tête de l'acquéreur. On avait fini par considérer cette clause comme allant de soi. Depuis longtemps, au moment de la rédaction du Code civil, elle était devenue de style. En présence de cette situation, le législateur — ce qui était tout naturel — a voulu que la stipulation dont nous parlons fût réputée sous-entendue. Elle est donc aujourd'hui légalement présumée. Il y a, par conséquent, ici une transmission de dette opérée par une stipulation pour autrui ; mais, en vertu du principe général posé plus haut, le bailleur originaire demeure, néanmoins, dans ses rapports avec le preneur, tenu des obligations que le bail a fait naître à sa charge. Il ne s'agit donc pas d'un cas de succession à titre particulier [1].

1766. Le dernier point que nous ayons à examiner dans cette importante matière est celui qui présente le plus d'intérêt pour les jurisconsultes français.

La succession à titre particulier aux dettes, telle qu'elle est organisée par le Code civil allemand, est-elle possible sous l'empire de notre code civil? Oui, répondrons nous, en nous fondant sur le principe de la liberté des conventions.

On objecte qu'il n'est pas permis aux parties de créer un droit nouveau, un droit méconnaissant la notion que nous trouvons de l'obligation dans le Code civil français. A nos yeux, cette objection est sans portée. La codification, qui est considérée avec raison comme un bienfait, ne saurait enrayer la marche du progrès juridique en excluant les nouvelles conceptions répondant aux besoins nouveaux. Les législateurs n'ont pas à construire des théories, à poser des principes. Ceci est l'œuvre des jurisconsultes. Le rôle des législateurs consiste à consacrer des solutions. Prenons les dispositions qui, dans notre code civil, concernent les contrats.

[1] V. Gaudemet, *op. cit.*, p. 388-394. — Et même, théoriquement, ce n'est pas la dette née du contrat de louage qui grève l'acquéreur de l'immeuble loué. V. *supra*, n. 1763, p. 78.

Parmi celles-ci, certaines sont d'ordre public, en ce sens qu'elles ont été écrites en vue de l'intérêt général. On ne peut donc pas en écarter l'application. Quant aux dispositions qui n'ont pas ce caractère, elles se divisent en deux catégories : les unes sont de simples présomptions légales, qui admettent la preuve contraire. Les autres sont les conséquences de principes qui ne sont pas exprimés par le législateur, mais qu'elles supposent forcément. Or les contractants ne sont tenus d'accepter ces dernières solutions que s'ils ont accepté les principes d'où elles découlent. Appliquons cette idée à notre matière : s'il est certain que les parties ont entendu faire une novation conformément au système du Code civil et si elles n'ont pas expressément réservé les privilèges et les hypothèques, elles ne seraient pas recevables à prouver que leur intention a été de maintenir ces garanties; car, en l'absence d'une réserve expresse, l'extinction des privilèges et des hypothèques est un effet inévitable de la novation. Mais, si les parties ne peuvent pas, quand elles adoptent les principes impliqués par les dispositions de la loi, en rejeter les conséquences nécessaires, elles peuvent, du moins, adopter des principes différents, pourvu qu'ils ne portent pas atteinte aux solutions écrites dans la loi et qu'ils viennent simplement combler les lacunes de celle-ci.

Sans doute, le législateur veut que, si l'on entend faire une novation, la dette primitive soit éteinte et, avec elle, sauf le cas de réserve expresse, les hypothèques et privilèges qui la garantissaient. Mais aucune disposition du Code civil n'interdit la succession à titre particulier aux dettes d'autrui; aucune d'entre elles n'implique l'impossibilité de céder une dette sous l'empire de notre législation. Si donc les parties entendent faire cette opération, il faut décider que la dette primitive passe sur la tête du cessionnaire avec ses exceptions et ses garanties réelles, n'aurait-il pas été fait de réserve relativement à ces dernières [1].

Il y a d'autant moins lieu de se prononcer pour l'intrans-

[1] Saleilles, *De la cession de dettes, Annales de droit commercial*, 1890, 1re partie (doctrine), p. 39-42, n. 41-44, et *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, p. 72, note 2; Gaudemet, *op. cit.*, p. 304-316 et p. 538.

missibilité des dettes que, depuis longtemps, on l'a vu, la personnalité de l'obligation au point de vue passif n'a plus de fondement rationnel en dehors des cas où, par exception, les qualités ou les aptitudes du débiteur originaire sont la condition même de la possibilité de l'exécution (1).

Nous terminerons en faisant une constatation qui n'est point sans portée : le Code civil autrichien, comme le Code civil français, est muet sur la cession de dettes, et, néanmoins, cette convention s'est développée en Autriche, tout aussi bien qu'en Allemagne (2). Le silence d'une législation sur la succession à titre particulier aux dettes ne suffit donc pas pour que celle-ci soit impossible sous l'empire de cette législation.

SECTION III

DE LA REMISE DE DETTE

§ I. *Caractères de la remise de dette.*

1767. La remise de dette est un acte par lequel le créancier renonce totalement ou partiellement à ses droits.

Sauf dans le cas où elle est faite par testament, elle constitue, comme disent les art. 1285 et 1287, une « décharge *conventionnelle* ». Elle suppose donc une convention; or toute convention implique essentiellement le consentement des deux parties. La dette ne serait donc pas éteinte si le créancier retirait son offre de remise avant que le débiteur l'eût acceptée. Il en serait de même si l'adhésion du débiteur ne survenait qu'après la mort du créancier ou si le débiteur décédait sans avoir accepté. Ces diverses solutions ne sont que des applications des principes généraux (3).

On a prétendu cependant que la remise de dette entre-vifs peut avoir lieu sans l'assentiment du débiteur. Il faudrait dis-

(1) V. *supra*, n. 1764.

(2) Saleilles, *De la cession de dettes*, *Ann. de dr. comm.*, 1890, 1re partie (doctrine), p. 39, n. 40; Gaudemet, *op. cit.*, p. 295-299. — V. aussi Unger, *op. cit.*, note 8.

(3) V. notre tome I, n. 31. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, I, n. 1234.

tinguer, dit-on : lorsque le créancier ne renonce à son droit que d'une façon relative, c'est-à-dire par bienveillance pour le débiteur, l'acceptation de celui-ci est nécessaire. Alors, en effet, il y a simplement offre de libéralité, et cette offre ne saurait, par elle-même, produire la remise. Mais il en serait autrement lorsque l'abdication que le créancier fait de son droit est absolue, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas pour but de conférer au débiteur un avantage. Ce dernier cas, il est vrai, ne se présentera que très rarement, et, bien entendu, on ne saurait, dans le doute, admettre la remise en l'absence d'une convention. Mais, si le créancier a expressément manifesté son intention de faire une renonciation unilatérale ou que cette intention résulte de circonstances particulières, la remise se produira *ipso facto* et sans qu'il soit besoin que le débiteur accepte. Elle pourra donc avoir lieu à l'insu de celui-ci et même contre son gré. Chacun, en effet, est maître de répudier ses droits ; cette faculté existe aussi bien pour les droits de créance que pour les autres. Or, puisque, dans notre hypothèse, il y a abdication de la créance, la dette s'éteint nécessairement, car une dette ne se conçoit même pas sans une créance corrélative [1].

Les auteurs s'accordent aujourd'hui à condamner cette doctrine, et, d'après nous, c'est avec raison. Sans doute, on peut, par sa seule volonté, se dépouiller soit du droit de propriété, soit d'un autre droit réel ; mais cela provient de ce qu'un pareil droit porte directement sur la chose. Si le titulaire n'a pas besoin, pour l'anéantir, d'obtenir une adhésion, c'est parce que cet abandon ne présente pas d'intérêt pour une autre personne. Il n'en est pas de même du droit de créance ; il suppose un lien entre deux individus, et, par suite, l'abdication qui en est faite ne produit pas seulement de l'effet au regard du renonçant ; elle intéresse le débiteur. D'ailleurs, quand la dette est née d'une convention, la solution que nous repoussons se heurte au principe écrit dans l'al. 2 de l'art.

[1] Marcadé, IV, n. 789. — Barbeyrac enseignait déjà que la renonciation faite par le créancier suffisait pour qu'il y eût remise de dette ; mais l'opinion contraire, soutenue par Pothier, avait triomphé dans notre ancien droit. Pothier, *Obligations*, n. 614 (édit Dupin, I, p. 362).

1134 : les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties.

Ainsi, lorsque le débiteur n'accepte pas l'offre de remise, le créancier qui veut éteindre l'obligation ne peut y parvenir qu'en laissant passer le temps de la prescription sans poursuivre le débiteur [1].

Le Code civil allemand résout formellement la question ; il dit : « L'obligation s'éteint lorsque, *par contrat,* le créancier fait remise de la dette au débiteur ». Art. 397, al. 1 [2]. Le premier projet exprimait déjà cette idée, mais en termes différents ; le dernier alinéa de son art. 290 était ainsi conçu : « Une renonciation par le créancier à la dette, *tant qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur,* n'est pas obligatoire » [3].

La remise de dette peut être faite sous condition, et une pareille clause a pour effet de rendre conditionnelle la créance elle-même. Cette dernière est alors subordonnée à la condition inverse de celle qui affecte la remise de dette [4].

1768. Certains auteurs pensent que la remise de dette a nécessairement le caractère d'acte à titre gratuit et qu'elle constitue toujours, par conséquent, une libéralité ; en pratique, il est vrai, c'est bien ainsi qu'on entend habituellement l'expression *remise de dette,* et il est remarquable que Pothier

(1) Colmet de Santerre, V, n. 230 *bis*-I ; Demolombe, XXVIII ; n. 375 ; Laurent, XVIII, n. 337 ; Planiol, II, n. 632. — M. Larombière est d'avis que la remise expresse est conventionnelle, V, p. 94 (art. 1285, n. 6, al. 3). Mais, en ce qui regarde la remise tacite, il s'exprime ainsi : « ...Si le créancier, au lieu d'employer la forme expresse d'une décharge conventionnelle, emploie toute autre voie indirecte de libéralité, qui, loin d'offrir aucun caractère contractuel, se résume dans un fait unilatéral d'abdication et d'abandon absolu de son droit, lequel, pour être efficace, n'a pas besoin d'être accepté ; par exemple, s'il remet à un tiers intermédiaire le titre original de la dette, ou la grosse du titre pour être remise au débiteur, à une époque déterminée, ou sous condition, comme en cas de mort ou d'accident ; s'il charge un tiers, dans les mêmes circonstances, de remettre au débiteur la quittance qu'il lui délivre de la dette ; dans tous ces cas, la remise nous paraît devoir produire effet, bien que le débiteur n'ait pas pu l'accepter du vivant du créancier ». V, p. 96 (art. 1285, n. 10). Cette distinction n'est pas fondée. Pas plus la remise tacite que la remise expresse n'est une abdication absolue du droit du créancier ; c'est une renonciation faite en faveur du débiteur. Elle se réalise par une convention tacite. Demolombe, XXVIII, n. 375.

(2) Traduct. de Meulenaere, p. 107.

(3) Traduct. de la Grasserie, p. 61.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 607 *in fine ;* Larombière, p. 95 (art. 1285, n. 9) ; Demolombe, XXVIII, n. 281 ; Planiol, II, n. 645.

disait : « La remise est une donation » (1). Cependant la remise de dette peut être faite aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit. La novation et la transaction en sont des exemples : le créancier qui consent à la novation fait remise de la dette primitive et reçoit comme équivalent une créance nouvelle. Quant à la transaction, elle contient souvent des remises de dette, et celui qui les consent est dédommagé de la perte de sa créance par les concessions que lui fait l'autre partie (2).

Mais comme la remise de dette, lorsqu'elle est consentie à titre onéreux, est comprise dans une opération qui porte un nom spécial (novation, dation en paiement), c'est seulement lorsqu'elle est gratuite, qu'on la désigne en fait sous son nom générique. Voilà pourquoi on attache habituellement à cette expression l'idée de libéralité (3).

1769. Par une exception remarquable aux règles du droit commun, la remise gratuite, du moins quand elle est faite entre vifs (4), échappe aux conditions de forme des donations (5). On en trouve la preuve dans les articles 1282 et 1283, d'après lesquels, nous le verrons, la remise de dette peut être tacite, c'est-à-dire résulter de certains faits accomplis par le créancier et prouvant son intention de renoncer à son droit (6). Donner effet à une volonté manifestée tacitement, c'est admettre que l'expression de cette volonté n'est soumise à aucune condition particulière de forme ; car la manifestation tacite implique l'absence de toute forme.

(1) *Op. cit.*, n. 619, al. 2 (même édit. I, p. 368).

(2) *Sic* Marcadé, IV, n. 787 ; Larombière, V, p. 58 *in fine* (art. 1082, n. 2, al. 7), p. 91 (art. 1285, n. 2) ; Laurent, XVIII, n. 333 ; Planiol, II, n. 633. — *Contra* Delvincourt, III, p. 571 ; Demolombe, XXVIII, n. 370 ; Vigié, II, n. 1589 ; Thiry, III, n. 77. — Cpr. Mourlon, II, n. 1421.

(3) Laurent, *loc. cit.* — « La remise de dette, *dans sa pureté*, dit M. Colmet de Santerre, est un abandon gratuit de la créance faite par le créancier. Quand le créancier retire quelque avantage de sa renonciation, l'opération se rapproche plutôt de la dation en paiement ou de la novation que de la remise proprement dite ». V. n. 230 *bis*-III.

(4) Le droit commun reprend son empire quand la remise de dette est faite par testament. — V. *infra*, n. 1775.

(5) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, et les autorités citées, I, n. 1233, *Adde* Planiol, II, n. 635. — Civ. rej., 2 avril 1862, S., 63. 1. 203, D. P., 63. 1. 454. — Lyon, 28 mars 1900, *Mon. judic. Lyon*, 16 juin 1900.

(6) V. *infra*, n. 1776.

La remise de dette entre vifs pourra donc, alors même qu'elle est consentie gratuitement, être valablement faite par acte sous seing privé et même par simple déclaration verbale, sauf les difficultés de la preuve. Et si le donateur (le créancier) n'est pas tenu de manifester sa volonté dans les formes ordinaires des donations entre vifs, à plus forte raison le donataire (le débiteur) est-il dispensé de la solennité de l'acceptation.

Mais c'est seulement du formalisme des donations entre vifs que la remise de dette est affranchie. Elle demeure soumises à toutes les règles de fond qui gouvernent ces actes de disposition. C'est ainsi qu'il faut lui appliquer les principes relatifs à la capacité de donner et de recevoir à titre gratuit. De même l'avantage procuré au débiteur par la remise de dette serait, le cas échéant, rapportable ou réductible. De même encore la libéralité résultant de cette remise est révocable pour les mêmes causes que les donations entre vifs.

1770. Ainsi que nous l'avons indiqué, la remise de dette peut être tacite (1). Le Code civil lui-même, dans les art. 1282 et 1283, prévoit deux hypothèses où elle peut résulter de certains faits, et, s'il traite exclusivement de ces hypothèses, c'est pour attacher aux faits qu'il prévoit une présomption légale de libération. Mais les situations visées par les textes précités ne sont pas les seules où la remise de dette puisse avoir lieu tacitement. Les juges ont toute latitude pour l'induire des circonstances, et, à cet égard, ils jouissent d'une appréciation souveraine (2).

1771. Bien que, en fait, la remise de dette s'applique surtout aux obligations ayant pour objet des choses mobilières, notamment des sommes d'argent, elle est, en principe, susceptible d'éteindre une dette quelconque. Cependant elle ne saurait intervenir en ce qui concerne les obligations que le législateur a établies dans un intérêt d'ordre public, par exemple l'obligation alimentaire qui, aux termes des art. 205 à 207, existe entre certains parents ou alliés (3).

(1) Req., 16 août 1881, S., 82. 1. 213, D. P., 82. 1. 477. — Lyon, 28 mars 1900, *Mon. jud. Lyon*, 16 juin 1900.

(2) Req., 16 août 1881, précité

(3) Aubry et Rau, IV, p. 201.

1772. La remise d'une obligation née d'un contrat bilatéral qui n'a été encore exécuté ni d'un côté ni de l'autre, doit, en l'absence d'une volonté contraire exprimée par les parties ou résultant des circonstances, être considérée comme entraînant la remise de l'obligation réciproque : si *Primus,* qui a acheté tant de barriques de vin à *Secundus,* décharge celui-ci de l'obligation de lui livrer la chose vendue, *Secundus,* de son côté, est censé le décharger de l'obligation de lui payer le prix. C'est là une conséquence toute naturelle de la réciprocité qui existe dans les contrats synallagmatiques, entre les obligations des deux parties. Mais, comme nous l'avons indiqué, il s'agit ici d'une question d'interprétation (1).

1773. A l'égard des obligations de donner qui ont pour objet un corps certain et déterminé, la remise de dette ne peut pas, sous l'empire de notre législation, préjudicier aux droits acquis à des tiers, la translation de la propriété s'opérant, pour ces obligations, dès le moment du contrat, indépendamment de toute tradition. Ou plutôt, à proprement parler, on ne conçoit pas, dans ce cas, la possibilité pour le créancier de remettre l'obligation de donner, puisque celle-ci est réputée exécutée et, en conséquence, éteinte, aussitôt qu'elle est formée. En pareille hypothèse, il ne saurait être question d'une remise qu'en ce qui regarde l'obligation de livrer, et la seule chose qui puisse avoir lieu en outre, c'est une retranslation de la propriété par le créancier au débiteur. Mais ce dernier acte diffère essentiellement de la remise de dette et n'est point susceptible de faire tomber les droits conférés aux tiers par le créancier alors qu'il était propriétaire (2).

1774. Dans le Code civil, le législateur ne traite pas de la remise qui peut être accordée à un failli sous forme de concordat. Cette remise, qui est réglementée par le Code de commerce, a ceci de particulier qu'elle est imposée par la majorité des créanciers à la minorité, de sorte qu'elle est

(1) L. 23, D., *De acceptil.*, XLVI, 4. — Pothier, *Oblig.*, n. 612; Demolombe, XXVIII, n. 380.

(2) Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 380. — En droit romain, les principes qui gouvernaient le transfert de la propriété conduisaient à la solution contraire.

forcée pour les créanciers compris dans cette dernière [1]. Les règles que nous étudions ne sont donc relatives qu'à la remise *volontaire*.

Il existe, d'ailleurs, entre ces deux remises, d'importantes différences : la remise qui résulte du concordat est toujours partielle ; celle dont il est question dans le Code civil est au contraire, habituellement, totale. La première laisse subsister une obligation naturelle [2] ; il n'en est pas de même de l'autre. Enfin la remise du droit civil peut constituer, nous l'avons dit, une libéralité ; tel n'est pas le cas pour la remise concordataire : l'avantage qu'elle procure au failli ne saurait donc être soumis au rapport ou à la réduction [3].

Rappelons que la loi du 4 mars 1889 a étendu la possibilité du concordat et, par conséquent, de la remise forcée, au cas de liquidation judiciaire. Art. 15.

1775. Quand la remise de dette est faite par testament et qu'elle ne doit recevoir son effet qu'au décès du créancier, elle constitue un legs de libération et se trouve, en conséquence, soumise à toutes les règles de forme et de fond qui gouvernent les testaments [4]. Elle est donc nulle si l'acte qui la contient n'a pas été fait dans les formes testamentaires [5]. Mais l'observation de ces formes suffit. La loi ne prescrit pas en outre, pour la remise de dette, des formes spéciales.

Comme toutes les autres libéralités testamentaires, la remise de dette devient caduque par le prédécès du bénéficiaire [6].

(1) V. C. com., art. 504 s.

(2) V. notre tome II, n. 1672.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, II, n. 2912-2914, et *Traité de droit comm.*, VII, n. 616, al. 3, n. 617-619 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e éd., n. 2099, p. 1080. — V. aussi *infra*, n. 1794. — L'avantage résultant de la remise concordataire peut-il être, du moins, soumis aux règles qui gouvernent le rapport des dettes (art. 829) ? — V. Valabrègue, *Nouveau cours de dr. comm.*, p. 499.

(4) Duranton, XII, n. 336 ; Rolland de Villargues, 38 ; Planiol, II, n. 636.

(5) Paris, 26 mai 1886, *Journ. des not.*, 1886, p. 530. — V. cep. Trib. civ. de Saint-Calais, 8 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 700. On lit dans ce jugement : « Attendu... que, dût-on considérer l'acte... dont s'agit comme nul en tant que testament, cet acte devrait encore valoir à titre de remise de dette. Attendu, en effet, que la remise de dette n'est soumise à aucune formalité... ». — Cpr. Dijon, 25 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1, *Suppl.*, p. 134. — V. aussi dans ce dernier sens Aubry et Rau, IV, p. 205.

(6) Trib. civ. de Verviers, 21 février 1883, *Pasicrisie*, 83. 3. 52.

La cour de Bordeaux a fort bien décidé que le legs à titre particulier fait par un testateur au profit d'un individu qui est son débiteur n'implique nullement l'abandon de sa créance; que le silence gardé par le testateur sur cette créance « ne saurait constituer une présomption de remise de dette et encore moins un commencement de preuve par écrit » permettant au légataire d'établir sa libération par témoins ([1]).

D'après la plupart des auteurs, le débiteur à qui sa libération a été léguée se trouve, par la nature même des choses, dispensé de former une demande en délivrance ([2]). Mais cette doctrine est combattue avec raison par les commentateurs les plus récents ([3]). Nous ne pouvons qu'indiquer la question ( ).

§ II. *Présomptions légales de libération.*

1776. La loi, dans les art. 1282 et 1283 C. civ., établit deux présomptions de libération. Mais ces présomptions, on le verra, n'ont pas la même force.

Aux termes de l'art. 1282 : « *La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération* ». Il y a, dans cette hypothèse, une présomption légale de libération, de sorte que le débiteur est dispensé de toute autre preuve. Cette présomption est très rationnelle : le créancier n'avait pas entre les mains d'autre moyen de prouver sa créance que l'acte sous seing privé dont il s'est dessaisi. S'il l'a abandonné, c'est sans doute parce qu'il n'en avait plus besoin, et, s'il n'en avait plus besoin, cela ne peut être que parce qu'il a été payé ou parce qu'il a renoncé au droit de l'être. L'abandon volontaire que le créancier fait de son titre implique donc nécessairement un paiement ou une remise de dette; or l'un comme l'autre

([1]) Bordeaux, 10 janvier 1893, D. P., 93. 2. 132.

([2]) V. les autorités dans le *C. civ. ann.* de Fuzier-Herman, art. 1014, n. 30 s.

([3]) Laurent, XIV, n. 46; Huc, VI, n. 351; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, II, n. 2439.

([4]) V. la discussion dans Baudry-Lacantinerie et Colin, *op.* et *loc. cit.* — V. aussi le même ouvrage, n. 2458.

entraîne la libération du débiteur; la présomption établie par l'art. 1282 se trouve donc pleinement justifiée.

L'art. 1283 prévoit une hypothèse un peu différente : « *La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire* ». Ainsi, de ce fait que le créancier s'est volontairement dessaisi de la grosse de son titre, la loi induit encore par voie de présomption que le débiteur s'est libéré. Cette disposition s'explique facilement : la grosse est l'expédition revêtue du mandement qui permet au créancier d'user *de plano* de contrainte à l'égard du débiteur pour obtenir l'exécution de l'obligation. Si le créancier l'a volontairement remise à ce dernier, cela autorise à penser qu'il ne pouvait plus être question pour lui de poursuivre cette exécution, en d'autres termes que l'obligation n'existait plus.

Toutefois l'induction à tirer de la remise volontaire de la grosse du titre est manifestement moins puissante que celle résultant de la remise volontaire du titre original sous signature privée. En effet le créancier qui s'est dessaisi d'une première grosse, peut, néanmoins, établir son droit et poursuivre l'exécution. Pour obtenir ce résultat, il lui suffit de se faire délivrer une seconde grosse, ce qui est expressément autorisé par l'art. 844 C. proc. civ. (1). Au contraire le créancier qui s'est dessaisi de l'acte original sous signature privée, s'est complètement désarmé : l'abandon qu'il a fait est donc beaucoup plus significatif. La loi a tenu compte de cette différence : dans les deux cas elle présume la libération du débiteur, c'est-à-dire, ainsi que l'explique l'art. 1283, « la remise de la dette ou le paiement ». Mais, dans le premier cas, celui de la remise du titre original sous signature privée, sa présomption est irréfragable, non susceptible d'être combattue par la preuve contraire. C'est ce que la loi exprime en disant qu'ici la remise du titre original fait *preuve de la libération*. La disposition de l'art. 1283 n'a évidemment pas la même

(1) Comme l'a dit Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* : « Le créancier a pu avoir plus de facilité à se dessaisir de la grosse et à la remettre au débiteur, en se reposant sur la minute existante sans quittance ». — Locré, XII, p. 381, n. 155; Fenet, XIII, p. 279.

portée, car elle réserve formellement la *preuve contraire*. Le créancier serait donc admis, nonobstant l'abandon de la grosse, à établir que le débiteur n'est pas libéré, en d'autres termes qu'il n'y a eu ni remise de la dette ni paiement.

En résumé, pour employer le langage des commentateurs, la présomption établie par l'art. 1282 est une présomption *juris et de jure*, tandis que celle dont s'occupe l'art. 1283 est une présomption *juris tantum*.

1777. Si le titre qui constate la créance est un acte notarié rédigé en brevet, la remise volontaire qui en est faite par le créancier au débiteur, donne-t-elle naissance au profit de celui-ci à la présomption de l'art. 1282 ou à celle de l'art. 1283? Nous croyons qu'il faut appliquer dans cette hypothèse le premier de ces textes. C'était la solution admise par Pothier (1). C'est également celle que dicte la raison : toutes les fois que le créancier abandonne l'original de l'acte, il se désarme complètement, que l'acte soit authentique ou sous seing privé (2).

1778. L'art. 1283 parlant d'une façon générale de la grosse du titre, il n'y a pas à distinguer suivant qu'il s'agit de la grosse d'un acte notarié ou de celle d'un jugement de condamnation. Peu importe que, dans la seconde hypothèse, le créancier garde en sa possession le titre original sur lequel la condamnation est fondée. Le jugement représente ce titre. On peut dire que c'est ce dernier renforcé en vue de l'exécution (3).

Toutefois la présence du titre original entre les mains du créancier est évidemment de nature à faciliter la preuve contraire permise par l'art. 1283 (4).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 608.

(2) Toullier, VII, n. 324; Marcadé, IV, n. 792; Aubry et Rau, IV, p. 209; Larombière, V, p. 61 (art. 1282, n. 7); Demolombe, XXVIII, n. 407; Laurent, XVIII, n. 342; Arntz, III, n. 228 *in fine;* Vigié, II, p. 723, n. 1593; Thiry, III, n. 78, p. 101; Huc, VIII, n. 134, p. 172; Planiol, II, n. 642.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 206, note 29; Demolombe, XXVIII, n. 427; Larombière, V, p. 75 (art. 1283, n. 4); Laurent, XVIII, n. 342, p. 367; Huc, VIII, n. 135, p. 173. — *Contra* Seligmann, *Rev. prat.*, 1861, VI, p. 508. — Il n'importe que le titre original soit notarié ou sous signature privée. Le raisonnement formulé au texte est également fondé dans les deux cas. Larombière, *loc. cit.*

(4) Les juges pourraient, par exemple, à raison de la retenue du titre original,

1779. Lorsque le créancier abandonne au débiteur le titre original, mais en conservant la grosse du jugement rendu en vertu de ce titre, le débiteur ne saurait invoquer la présomption de l'art. 1282, car, dans cette hypothèse, la remise du titre original n'ayant pas pour conséquence d'enlever au créancier le moyen de poursuivre l'exécution de l'obligation, le fondement de la présomption légale fait défaut (1).

1780. Pour que la remise du titre original ou de la grosse du titre puisse faire naître la présomption de l'art. 1282 ou celle de l'art. 1283, il faut : 1° qu'elle soit *volontaire ;* 2° qu'elle ait été faite par le créancier ; 3° qu'elle ait été faite au débiteur.

a. Les art. 1282 et 1283 exigent expressément une remise volontaire. Il est de toute évidence que les présomptions établies par ces textes manqueraient de fondement si le titre était parvenu entre les mains du débiteur par suite d'un vol ou d'un abus de confiance qu'il a commis, ou si le titre ayant été perdu par le créancier avait été trouvé par le débiteur (2).

b. Il faut que la remise du titre émane du créancier ou d'une personne ayant reçu de lui mandat à cet effet. Faite par un autre, elle ne saurait engendrer une des présomptions dont nous traitons, car c'est chez le créancier que doit exister la volonté de libérer le débiteur. Le législateur ne mentionne cette condition que dans l'art. 1282. Mais elle est certainement sous-entendue pour l'hypothèse dont parle l'art. 1283. Si, dans ce dernier texte, le législateur ne dit pas, comme dans le précédent, que la remise du titre doit être faite « par le créancier au débiteur », c'est uniquement en vue d'éviter une répétition (3).

c. Il faut enfin que la remise du titre ait été faite au débiteur lui-même ou à une personne ayant qualité pour le représenter dans cette circonstance. C'est alors seulement, en effet,

déclarer que la libération a été restreinte aux causes qui ne figuraient pas dans ce titre, c'est-à-dire aux frais d'instance et aux dommages-intérêts alloués par le jugement de condamnation. Demolombe, Larombière, *loc. cit.*

(1) Demolombe, XXVIII, n. 428.

(2) Trib. civ. Libourne, 7 février 1900, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1900. 2. 65.

(3) Toulouse, 17 nov. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 53 (renvois en note).

qu'elle peut être considérée comme supposant chez le créancier l'intention de libérer le débiteur. Donc si ce dernier est une société commerciale, industrielle ou financière, la remise du titre à l'un des associés qui la reçoit en son nom personnel, n'emporte aucune présomption de libération [1].

1781. On voit qu'il est fort important de savoir par suite de quelles circonstances la détention du titre a passé au débiteur; car, si ce n'est pas en vertu d'une remise volontaire, la présomption de libération n'existe pas. Supposons qu'il y a contestation sur ce point entre le débiteur et le créancier : le premier prétend que le titre lui a été remis volontairement par le second, et, en conséquence, il se dit en droit d'invoquer la présomption écrite dans l'art. 1282 ou dans l'art. 1283. Le créancier conteste le fait de la remise volontaire. Auquel des deux incombe-t-il d'établir le bien fondé de son allégation? Dans le silence de la loi, il faut appliquer le droit commun en matière de preuve. Or, d'après l'art. 1315, al. 2, le débiteur qui se prétend libéré doit justifier de sa libération; il doit, par conséquent, dans notre espèce, prouver la remise volontaire du titre par le créancier, puisqu'elle est une condition de sa libération. Mais c'est là un simple fait, susceptible, par suite, d'être prouvé par témoins ou par présomptions de l'homme, quel que soit l'intérêt engagé. Or la raison veut que la simple détention du titre par le débiteur engendre en faveur de celui-ci une présomption de cette nature. Normalement, en effet, quand le débiteur détient le titre de la créance, il l'a reçu du créancier qui le lui a remis volontairement. Le vol, la perte, l'erreur, ou, plus généralement, les divers événements qui auraient fait passer le titre entre les mains du débiteur sans la volonté du créancier ou en vertu d'une volonté autre que celle de se libérer, sont des faits exceptionnels. On ne peut donc pas les présumer. Aussi, par cela seul que le débiteur sera en possession du titre, les juges admettront, très généralement du moins, qu'il l'a reçu du créancier en vertu d'une remise volontaire. Ainsi, au point de vue pratique,

[1] Trib. civ. Seine, 3 avril 1900, *Droit*, 16 juin 1900. — Lyon, 28 mars 1900, *Mon. jud. Lyon*, 16 juin 1900. — Cpr. Req., 1er fév. 1842, S., 42. 1. 203, D. P., 42. 1. 91.

AVOCAT - BARRISTER
HULL.

le débiteur se trouve dispensé d'établir que la remise du titre lui a été faite volontairement (1). Mais ce n'est là qu'une présomption de l'homme. Elle peut donc être combattue par tous moyens de preuve, notamment par des présomptions de même nature, en vertu d'une juste loi de réciprocité. Le créancier, par suite, sera recevable à établir, même par des présomptions simples et en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, qu'il n'y a pas eu de sa part remise volontaire (2).

Les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation quant au point de savoir si la remise du titre a été volontaire ou non (3).

Lorsqu'il est prouvé que les conditions requises par l'art. 1282 ou par l'art. 1283 se trouvent réunies, le débiteur n'a pas besoin de justifier de sa libération ; elle est présumée par la loi. Art. 1352. Il suffit donc au débiteur, pour faire déclarer le créancier mal fondé dans sa demande, de lui opposer cette présomption, sauf la preuve contraire réservée par l'art. 1283.

1782. Le débiteur, nous le supposons, est en situation d'invoquer la présomption légale de l'art. 1282 ou celle de l'art. 1283. Il peut donc se dire libéré. Mais à quel titre ? Par un paiement ou par une remise de dette ? La question peut offrir un grand intérêt sous plusieurs aspects. D'une part, la remise

(1) *Sic* Huc, VIII, n. 136 *in fine*, p. 175 ; Planiol, II, n. 643. — Req., 6 août 1873, S., 75. 1. 350, D. P., 75. 1. 260. — Bruxelles, 21 mars 1888, *Pasic.*, 88. 2. 196. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 355-359. — Liège, 23 mars 1879, *Jurispr. des trib.*, 1879-1880, 393.

(2) Toullier, VII, n. 324 s. ; Duranton, XII, n. 362. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 231 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, p. 207, texte et note 32 ; Demolombe, XXVIII, n. 420-422 ; Larombière, V, p. 63-66 (art. 1282, n. 11) ; Arntz, III, n. 230 ; Thiry, III, n. 78 ; Huc, VIII, *op. cit.* ; Planiol, II, n. 643. — Lyon, 1er mars 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 26.

(3) Req., 11 février 1873, S., 73. 1. 160, D. P., 73. 1. 477 ; 20 octobre 1890, S., 90. 1. 524, D. P., 91. 1. 263. — Dans les deux espèces, les juges d'appel avaient déclaré qu'à raison des relations ayant existé entre les parties, on ne pouvait pas conclure de la détention du titre par le débiteur à la remise volontaire. — Jugé que l'intention de remettre la dette ne résulte pas du fait par le créancier, vieillard faible, malade et paralysé, d'avoir remis au débiteur le titre original sous seing privé en même temps qu'il lui remettait, à titre de dépôt, toutes les autres valeurs au porteur qui représentaient son avoir commun avec sa femme. — Paris, 28 décembre 1900, *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1901. 1. 487.

de dette constitue une donation, et, par suite, le débiteur, libéré à ce titre, pourra se trouver soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction, ou à la révocation pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant. En cas de paiement, au contraire, ces éventualités ne sauraient se produire. D'autre part, le paiement, en supposant qu'il émane d'un débiteur solidaire ou d'une caution, donne à celui qui l'a fait le droit d'exercer un recours contre ses codébiteurs solidaires ou contre le débiteur principal. Rien de pareil si l'obligation a été éteinte par la renonciation gratuite du créancier. D'autre part encore, si l'acte qui a libéré le débiteur constitue une remise de dette, il peut être attaqué au moyen de l'action paulienne, par les propres créanciers du donateur, tandis qu'un paiement serait à l'abri de cette action.

Pour résoudre la question proposée, commençons par remarquer qu'elle est demeurée étrangère aux prévisions du législateur dans les art. 1282 et 1283. Le premier de ces articles dispose que la remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur « fait preuve de la *libération* ». La loi ne dit pas à quel titre le débiteur est présumé libéré. Elle ne le dit pas davantage dans l'art. 1283, qui emploie cette formule équivalente : «... fait présumer la remise de la dette *ou* le paiement », l'un des deux, on n'indique pas lequel. Ainsi ce qui est légalement présumé, c'est la libération du débiteur, et non le titre de cette libération.

La conclusion qui se dégage de là est toute simple : la loi étant muette, il y a lieu de résoudre la question conformément au droit commun, c'est-à-dire à l'aide du principe qui met le fardeau de la preuve à la charge du demandeur. Or l'application de ce principe conduit ici à imposer tantôt au créancier, tantôt au débiteur, tantôt enfin à des tiers l'obligation d'établir quel a été le mode de libération. Ainsi le créancier doit prouver la remise de la dette, s'il demande, pour cause de survenance d'enfant, la révocation de la libéralité résultant de cette remise. Ses héritiers, pour obtenir la réduction ou le rapport, doivent faire la même justification. Telle est également l'obligation de ses créanciers quand ils exercent l'action paulienne contre son débiteur, pré-

tendu donataire. Enfin la caution ou le débiteur solidaire ne peut triompher dans son action récursoire qu'à la condition d'établir le fait du paiement [1].

[1] M. Laurent a le premier donné cette solution, XVIII, n. 351, p. 375 (1876). Elle a été adoptée par les commentateurs qui ont écrit après lui : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, dans la 2e édition, n. 1104 (1886), dans la 6e, n. 342; Thiry, III, n. 78, p. 101 *in fine ;* Huc, VIII, n. 137, p. 176 *in fine*-177; Planiol, II, n. 641. — Les auteurs antérieurs à M. Laurent font des distinctions arbitraires et, à notre avis, absolument inadmissibles. Voici le système qui a réuni parmi eux le plus de suffrages : La question ne doit pas être résolue de la même façon dans les rapports du débiteur avec le créancier ou ses héritiers et dans ses rapports avec les tiers contre lesquels il forme une action récursoire. Les présomptions légales des art. 1282 et 1283 n'existent qu'au premier point de vue. Quand le débiteur est en présence du créancier ou des héritiers de ce dernier, il peut, à son choix, dire qu'il y a paiement ou remise de dette, et, en fait, il dira toujours qu'il y a eu paiement. Mais, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1282, le créancier ou ses héritiers ne sont admis à combattre cette affirmation que si elle a pour but de couvrir une fraude à la loi, c'est-à-dire d'éluder l'application des règles relatives à la capacité de donner ou de recevoir, au rapport, à la réduction, à la révocation des donations. Au contraire, dans le cas dont s'occupe l'art. 1283, comme il leur serait permis d'établir que, nonobstant la remise volontaire du titre, il n'y a pas eu libération, ils sont, à plus forte raison, recevables à démontrer, même en l'absence de toute fraude à la loi, que le fait d'où résulte l'extinction de la dette n'est pas celui allégué par le débiteur. Enfin, qu'il y ait eu remise du titre original ou d'une grosse du titre, si celui qui a payé forme une action récursoire contre un débiteur principal ou contre des codébiteurs solidaires, il doit, en sa qualité de demandeur, prouver le mode de libération qu'il invoque. C'est la conséquence de cette idée qu'ici les présomptions légales établies par les art. 1282 et 1283 ne sont pas applicables. — Colmet de Santerre, V, n. 231 *bis*-IV et n. 233 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p 208-210; Demolombe, XXVIII, n. 431-439. — La distinction que fait cette opinion entre la présomption de l'art. 1282 et celle de l'art. 1583 ne repose sur rien. La seule chose qui, dans l'un et l'autre cas, doive être tenue pour démontrée, c'est, d'une façon générale, la libération. Mais la cause de la libération demeure indéterminée. Que, dans l'hypothèse de l'art. 1282, le créancier ne soit pas autorisé à prouver que, nonobstant la remise volontaire du titre, il n'a pas entendu libérer le débiteur, peu importe ! Même dans cette hypothèse, le législateur ne présume ni le paiement ni la remise de dette, et, par conséquent, pourvu que le créancier ne soit pas admis à établir le défaut de libération, la présomption légale de l'art. 1282 est appliquée avec son caractère de présomption *juris et de jure*. Au surplus, après avoir, en thèse générale, dans le cas prévu par cet article, refusé au créancier le droit de prouver que la libération ne découle pas du fait allégué par le débiteur, on apporte à ce prétendu principe des exceptions telles qu'il disparaît à peu près complètement dans l'application. Et, pour justifier ces dérogations qui s'imposent, on invoque une raison manifestement inexacte : la fraude fait exception à toutes les règles ! Mais, quand un créancier réalise une donation au profit de son débiteur par la remise à celui-ci de son titre de créance, il ne commet aucune fraude à la loi. Et, par conséquent, si la présomption *juris et de jure* de l'art. 1282 s'opposait à ce qu'il pût, dans la suite, à l'appui d'une demande en révocation pour cause de survenance

1783. La présomption de l'art. 1282 ne cesse pas d'être applicable si le litige existe entre commerçants. Le Code de commerce n'apporte ici aucune dérogation au principe posé par le Code civil. Il s'ensuit qu'en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, la remise volontaire du titre sous-seing privé fait preuve irréfragable de la libération, de sorte que la preuve contraire n'est pas recevable. Cependant cette solution a été repoussée par la cour de cassation dans les termes suivants : « Attendu qu'entre commerçants et en matière commerciale, la preuve résultant, aux termes de l'art. 12 C. comm., des livres régulièrement tenus, ainsi que la preuve testimoniale et celle qui se fonde sur de simples présomptions peuvent toujours être admises par les tribunaux, quelles que soient d'ailleurs l'importance du litige et la cause tant de la demande que des exceptions qui y sont opposées; — Attendu que ce principe, inhérent à la nature des opérations commerciales, doit recevoir son application, même dans le cas où il existe des présomptions légales contraires, pourvu qu'elles ne soient pas de leur essence péremptoires et absolues, comme le seraient notamment la prescription et l'autorité de la chose jugée; — Attendu que l'arrêt attaqué a constaté, en fait, que, de l'examen des livres des deux parties, ainsi que des autres documents et circonstances de la cause, résultait la preuve que la remise des billets à ordre qui font l'objet du litige, quoique volontairement faite de B. à M., ne l'avait point été à titre libératoire, mais seulement par suite de la confiance réciproque existant alors entre eux, et à raison du paiement de quelques acomptes, mais sans que la libération de M. eût jamais été com-

d'enfant, préciser le véritable titre de la libération, cette présomption ne couvrirait aucune fraude à la loi. En pareil cas, l'application d'une disposition légale exclurait celle d'une autre disposition légale. — Laurent, XVIII, n. 354, p. 378. — La vérité, c'est que les exceptions mêmes qu'on est obligé d'admettre témoignent contre l'exactitude du principe. Aussi Mourlon s'est-il prononcé d'une façon absolue pour l'inadmissibilité de la preuve contraire dans le cas de l'art. 1282, II, n. 1430. — Mais si cette dernière solution satisfait la logique, elle aboutit à des conséquences qui la condamnent. Cette circonstance qu'une donation a été effectuée par la remise d'un titre de créance peut-elle faire échec aux règles qui gouvernent le rapport, la réduction, la révocation pour survenance d'enfant, c'est-à-dire à des règles que le législateur considère comme essentielles?

plète; — Attendu qu'en déduisant de cette constatation de fait qu'il ne pouvait y avoir lieu, dans l'espèce, à l'application de l'art. 1282 C. Nap., sur les effets de la remise volontaire du titre, l'arrêt attaqué n'a aucunement violé ledit article, et s'est borné à faire à l'espèce une application du principe général sur la preuve en matière de commerce » (1). Selon nous, la cour suprême a singulièrement exagéré la portée de l'art. 12 et celle de l'alinéa final de l'art. 109 C. com. Le premier de ces textes établit un mode spécial de preuve entre commerçants. Quant à la disposition du dernier alinéa de l'art. 109, elle affranchit simplement, en matière commerciale, l'emploi de la preuve testimoniale des conditions exigées en matière civile pour l'admissibilité de cette preuve, notamment de la condition du commencement de preuve par écrit, quand il s'agit d'une chose excédant la valeur de 150 fr. Mais ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne sont de nature à exclure l'application de l'art. 1282 C. civ. (2).

1784. Les présomptions de libération dont il est question dans les art. 1282 et 1283 sont les seules présomptions légales qui existent. On ne saurait en admettre d'autres, fût-ce en vertu d'analogies plus au moins marquées, car les présomptions légales sont de stricte interprétation.

D'où les conséquences suivantes :

1° La remise volontairement faite par le créancier au débiteur d'une simple expédition du titre authentique constatant sa créance, n'engendre point une présomption légale de libération. Il est rationnel, d'ailleurs, que la remise d'une expédition non revêtue de la formule exécutoire n'ait pas la même portée que celle d'une grosse (3).

2° Il en est de même de la cancellation du titre original. Quelque grave que puisse paraître ce fait, on ne saurait, dans

(1) Req., 18 août 1852, S., 53. 1. 211, D. P., 53. 1. 111. — V. dans le même sens Douai, 24 juin 1874, *J. N.*, n. 21063. — Bordeaux, 11 déc. 1885, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 86. 1. 78. — Trib. comm. Lyon, 11 oct. 1898, *Monit. judic. Lyon*, 25 oct. 1898.

(2) Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 569, note 7; Laurent, XVIII, n. 364, p. 392; Huc, VIII, n. 137, p. 176. — V. aussi la note anonyme dans S., *loc. cit.*

(3) Duranton, XII, n. 366; Aubry et Rau, IV, p. 210; Laurent, XVIII, n. 342 *in fine*, p. 368; Huc, VIII, n. 135, p. 173; Planiol, II, n. 639, al. 2.

le silence de la loi, soutenir qu'il doit faire présumer nécessairement la libération [1].

1785. 3° La délivrance, par un notaire, de la grosse ou, à plus forte raison, d'une expédition d'un acte qu'il a reçu n'emporte pas présomption légale de remise ou de paiement des frais et honoraires qui lui sont dus à raison de cet acte. La jurisprudence de la cour suprême est en sens contraire. Mais nous n'hésitons pas à dire qu'elle méconnaît les principes les plus certains. L'hypothèse que nous prévoyons maintenant ne rentre point dans les termes de l'art. **1283** : il est manifeste que la grosse dont parle ce texte est celle du titre constatant la créance de celui qui remet cette pièce au débiteur. Or la grosse d'un acte notarié ne forme pas pour le notaire titre de sa créance de frais et d'honoraires. Le titre du notaire sera un exécutoire de dépens ou un jugement de condamnation obtenu contre son client ; c'est la remise volontaire de cet exécutoire ou d'une grosse de ce jugement et non pas celle de l'acte reçu par le notaire, qui pourrait entraîner l'application de l'art. **1283** [2].

[1] Larombière, V, p. 84 (art. 1283, n. 16). — Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 450-452.

[2] V. dans ce sens Duranton, XII, n. 366; Aubry et Rau, IV, p. 210, texte et note 44; Demolombe, XXVIII, n. 444; Laurent, XVIII, n. 342; Huc, VIII, n. 135, *in fine*, p. 173; Planiol, II, n. 640; Cohendy, note dans D. P., 91. 2. 1-2; Amiaud, *Tarif général et raisonné des notaires*, 2e édit., II, p. 272 s.; Lansel et Didio, *Encyclopédie du notariat*, v° *Honoraires des notaires*, n. 348 s. — Mais la cour de cassation s'est constamment prononcée en sens contraire. — V. Civ. rej., 4 avril 1826, S., 26. 1. 385, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 531, note 3. — Req., 26 janvier 1858, S., 58. 1. 527, D. P., 58. 1. 160. — Civ. rej., 6 février 1860, S., 60. 1. 337, D. P., 60. 1. 253. — Civ. cass., 14 mai 1888, S., 89. 1. 12, D. P., 88. 1. 437. — Dans les deux dernières décisions, la cour suprême exclut formellement toute distinction entre la remise de la grosse et celle d'expéditions. On lit dans l'arrêt du 14 mai 1888 : « Attendu que, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la distinction faite par la cour d'appel entre les simples expéditions et les grosses, *distinction qui n'a pas sa raison d'être dans les rapports de notaire à client*, la délivrance sans réserve par le notaire M... des expéditions d'actes produites par les consorts C... fait, *aux termes de l'art. 1283 C. civ., légalement présumer*, sans préjudice de la preuve contraire, la remise ou le paiement des frais et honoraires qui étaient dus à cet officier public par la partie à qui elles ont été délivrées. — Qu'en refusant d'admettre cette présomption, sans relever aucune circonstance de nature à la détruire, *l'arrêt attaqué a formellement violé l'article de loi ci-dessus visé* ». A notre avis, le fait même que la distinction entre les simples expéditions et les grosses ne s'expliquerait pas dans les relations du notaire avec ses

1786. 4° Nous en dirons autant des greffiers et de tous autres fonctionnaires qui ont qualité pour délivrer des expéditions d'actes de l'autorité publique.

5° De même la remise, par les avoués à leurs clients, des actes qu'ils ont faits pour ces derniers et, à plus forte raison, des pièces qui leur ont été confiées n'engendre pas une présomption légale de libération au profit de ces clients quant au paiement des frais avancés par les avoués ou des droits qui leur sont dus.

6° Il en est ainsi également de la délivrance que les huissiers font aux parties des originaux de leurs actes.

1787. Mais tout ce qui résulte des solutions données dans ces diverses hypothèses, c'est que les faits prévus n'engendrent

clients prouve que l'art. 1283 n'est pas applicable dans l'espèce. En effet, s'il n'y a pas lieu de faire cette distinction, c'est parce que la délivrance de pièce faite par le notaire n'est pas plus significative lorsqu'elle porte sur la grosse que lorsqu'elle porte sur une expédition. Or cela provient précisément de ce que, pas plus dans une hypothèse que dans l'autre, la pièce remise par le notaire ne constitue le titre de sa créance. Nous ne sommes donc pas ici dans le cas prévu par l'art. 1283. — La jurisprudence des cours d'appel est divisée. L'opinion de la cour suprême a été adoptée par les arrêts suivants : — Aix, 18 juillet 1871, D. P., 73. 2. 202. — Besançon, 9 janvier 1889 (sur renvoi), D. P., 90. 2. 19. — Bordeaux, 8 mars 1889, S., 91. 2. 158, D. P., 91. 2. 2. — Cpr. Trib. de Moulins, 23 janv. 1843, D. P., 45. 4. 307. — Mais, en faveur de l'autre système, on peut citer Dijon, 14 août 1879, S., 80. 2. 15, D. P., 81. 2. 87. — Alger, 30 mai 1888, S., 91. 2. 158 en sous-note *a*, D. P., 91. 2. 2. — Trib. civ. Toulouse, 1er mars 1900, *Loi* 23 mars 1900. — Voici les termes de la seconde décision : « Attendu que, si la rédaction d'un acte et son expédition en forme constituent pour le notaire une cause légitime d'honoraires, l'expédition uniquement établie dans l'intérêt des parties contractantes ne forme point pour le notaire le titre de sa créance spéciale d'honoraires; que, dès lors, la remise de cette expédition à la partie dont elle est le titre propre ne tombe point sous l'application de l'art. 1283 C. civ. et ne saurait fonder contre le notaire la présomption légale de paiement édictée par cet article ». — Voir aussi l'excellent raisonnement contenu dans le jugement rendu par le trib. de Châlon-sur-Saône, le 5 mars 1879, et que la cour de Dijon a confirmé par son arrêt précité, S. et D., *loc. cit.* — L'annotateur du recueil de Dalloz, sous l'arrêt précité du 14 mai 1888, cite M. Larombière comme enseignant expressément la théorie admise par la cour de cassation. Il y a là une erreur. Sans doute M. Larombière est d'avis que la remise par un notaire de la grosse ou du brevet d'un acte reçu par lui fait présumer que les déboursés et honoraires de cet officier public lui ont été payés. Mais il ajoute : « Cette présomption, *qui n'est que de fait seulement*, est néanmoins, subordonnée aux circonstances, telles que les relations du notaire avec la partie, ses habitudes personnelles, les usages des autres notaires de la localité. Les tribunaux doivent les apprécier ». Cette proposition diffère essentiellement de celle formulée par la cour suprême, suivant laquelle, dans

pas des présomptions légales de libération. Ils peuvent donc, en supposant la preuve testimoniale admissible, être interprétés par les tribunaux comme fournissant, eu égard aux circonstances, des présomptions simples de paiement ou de remise de dette. Ainsi la délivrance, par un notaire à un de ses clients, de la grosse ou d'une expédition de l'acte fait par lui pour le compte de ce dernier peut être estimée de nature à faire présumer le paiement des honoraires et déboursés, si le notaire, malgré son grand besoin d'argent, a gardé le silence pendant de longues années, et si la réclamation est seulement faite après son décès, par ses héritiers. Cette interprétation est particulièrement naturelle si l'habitude personnelle du notaire était de ne pas donner quittance des sommes par lui reçues ou que tel fût, d'une façon générale, l'usage des notaires de la localité [1].

Quant aux remises de pièces par les avoués avant paiement de leurs frais, il faut distinguer : les juges ne sauraient puiser une présomption au profit du client dans ce fait que l'avoué lui a rendu les pièces qu'il lui avait confiées, car l'avoué n'avait pas le droit de s'y refuser. Ils peuvent, au contraire, si cela leur paraît convenable à raison des circonstances, induire la libération de la remise par l'avoué des pièces constatant les actes de son ministère, car il pouvait

l'hypothèse dont nous parlons, la délivrance de la grosse ou de l'expédition ne fournit pas simplement une présomption de l'homme, mais fait naître la présomption *légale* de l'art. 1283. — Dans le même ordre d'idées, remarquons aussi qu'on met quelquefois au nombre des arrêts de cours d'appel qui ont suivi l'opinion de la cour suprême une décision rendue par la cour de Douai, le 13 février 1834, S., 36. 2. 95, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 534-2°. — Or, il suffit de parcourir le texte de cet arrêt, pour constater qu'il se borne à déduire de l'ensemble des faits de la cause une présomption simple : « Considérant que la remise d'une expédition, alors surtout qu'elle est jointe, comme en l'état des choses, au long silence du notaire, aux diverses circonstances du procès et aux explications des époux D., fait preuve complète de libération ». L'art. 1283 n'est même pas visé dans cet arrêt. — Notons enfin qu'en général la jurisprudence belge se prononce pour l'opinion contraire à celle de la cour de cassation française. — Trib. de Namur, 22 fév. 1854, *Manuel du notariat*, 1856, p. 254. — Trib. de Bruxelles, 5 déc. 1856, *op. cit.*, 1856, p. 406.

[1] Demolombe, XXVIII, n. 444 ; Larombière, V, p. 83-84 (art. 1283, n. 13-14) ; Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 534 ; Planiol, II, n. 640 *in fine*. — Cpr. Douai, 13 février 1834, précité.

retenir celles-ci jusqu'au paiement intégral de ses débours et salaires [1].

La remise, par les huissiers, des originaux de leurs actes ne doit pas être considérée comme une preuve de la libération des clients. Dans l'usage, en effet, les huissiers font souvent cette remise avant d'avoir été payés. Mais, si elle est accompagnée de circonstances graves, les tribunaux peuvent déclarer que les clients se sont libérés. Tel est le cas, par exemple, si un huissier, en même temps qu'il faisait cette remise, a remboursé à son client les sommes par lui reçues pour ce dernier. Les juges peuvent alors admettre que l'huissier a prélevé sur ces sommes le montant de ce qui lui était dû [2].

Quand le titre original a été cancellé, raturé, coupé ou déchiré, quand la signature du débiteur a été effacée ou arrachée, les juges, sans doute, ne sont pas tenus de déclarer le débiteur libéré ; mais, comme ils ont le pouvoir d'apprécier les circonstances, rien ne les empêche d'y puiser une présomption de fait [3]. La cour de Lyon a, en conséquence, décidé que la destruction du billet, titre de la créance, volontairement opérée par le créancier, implique libération du débiteur, surtout lorsque celui-ci est un enfant du créancier [4].

1788. L'art. 1286 formule une proposition inutile, tant elle est évidente, lorsqu'il dit : « *La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette* ». De ce que le créancier renonce à la garantie attachée à la créance, il n'en résulte certes pas qu'il renonce à la créance elle-même : on peut renoncer à l'accessoire sans renoncer au principal. Ce qui explique la présence dans la loi de cette superfétation, c'est qu'elle est la reproduction d'un passage de Pothier [5].

D'ailleurs, ce que la loi dit de la renonciation au nantissement n'est pas moins vrai pour la renonciation à toute autre

(1) Larombière, V, p. 83 (art. 1285, n. 14).
(2) Larombière, V, p. 83 (art. 1285, n. 15).
(3) Larombière, V, p. 84 (art. 1285, n. 16).
(4) Lyon, 14 février 1848, D. P., 50. 2. 194. — Sur cet arrêt, v. Laurent, XVIII, n. 349.
(5) Pothier, *Oblig.*, n. 610.

garantie, telle que privilège ou hypothèque. La raison de décider est la même.

Mais l'article 1286 ne fait pas obstacle à ce que les juges, lorsque la preuve testimoniale est admissible, voient, selon les circonstances, dans l'abandon du nantissement, comme aussi dans celui d'une autre garantie quelconque, une présomption simple de remise de dette ou de paiement. Cet article, en effet, a exclusivement pour objet de constater qu'il n'y a pas lieu d'attacher à un pareil abandon une présomption légale de libération [1].

§ III. *Effets de la remise de dette.*

1789. La remise de la dette est une cause d'extinction des obligations : « La remise, que fait le créancier de la dette, disait Pothier, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations ; car elle libère de plein droit » [2]. Elle anéantit donc la dette, comme le ferait le paiement lui-même. Il ne reste plus trace de la distinction romaine entre l'*acceptilatio,* qui libérait *ipso jure,* et le pacte *de non petendo,* qui libérait seulement *exceptionis ope.*

En éteignant la dette, la remise éteint, par voie de conséquence, les garanties réelles qui pouvaient y être attachées, telles que les privilèges ou le hypothèques.

Cet effet libératoire résulte d'ailleurs aussi bien de la remise tacite que de la remise expresse.

1790. Mais, lorsqu'il y a plusieurs obligés, la remise faite à l'un d'entre eux éteindra-t-elle la dette d'une manière absolue, auquel cas tous les obligés pourront l'invoquer, ou bien opèrera-t-elle seulement d'une manière relative, de telle sorte que le bénéfice en sera exclusivement réservé au débiteur qui l'a obtenue ? Pour employer les expressions de Pothier, la remise faite à un seul des obligés est-elle *réelle* ou seulement *personnelle* ? [3].

[1] Duranton, XII, n. 368; Marcadé, IV, n. 798 *in fine;* Demolombe, XXVIII, n. 440 et 441 ; Larombière, V, p. 103 (art. 1286, n. 1) ; Laurent, XVIII, n. 348.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 606.

[3] Pothier, *op. cit.*, n. 616-617

Cette question ne comporte pas une réponse absolue. Nous devons établir certaines distinctions qui résultent des art. 1284, 1285 et 1287.

Il faut tout d'abord distinguer si la remise est expresse ou tacite. Ainsi qu'on le voit, nous opposons à la remise tacite la remise expresse, et non la remise conventionnelle, comme le font à tort les art. 1285 et 1287 ; la remise conventionnelle n'est qu'un cas particulier de la remise expresse, qui, nous l'avons dit, peut aussi se faire par testament (1).

A. *Remise expresse.*

1791. Suivant les hypothèses, la remise expresse a un effet plus ou moins énergique. La loi fait à cet égard plusieurs distinctions ; nous parlerons successivement avec elle du cas où la remise est faite à l'un des débiteurs solidaires, de celui où elle est faite au débiteur principal et enfin du cas où elle est intervenue au profit de la caution.

a. Aux termes de l'art. 1285, al. 1 : « *La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers* ». Cette disposition paraît être un souvenir des règles du droit romain sur l'*acceptilatio,* qui, au point de vue de ses effets, était l'équivalent du paiement (2). Cependant, Pothier donnait une autre solution. Il fallait, d'après lui, examiner quelle intention avait eue le créancier en consentant la remise de dette (3). Il s'ensuivait que, dans le doute, on devait considérer celui-ci comme ayant simplement renoncé à la part d'obligation incombant au débiteur déchargé. C'est qu'en effet, les renonciations ne se présument pas et doivent s'interpréter dans un sens étroit. Le législateur a eu tort de s'écarter ici de la doctrine de Pothier et d'appliquer à la remise de dette une décision qui découle d'une conception toute différente (4). Il

(1) V. *supra,* n. 1775.

(2) V. Accarias, *Précis de droit romain,* 4e édit., II, n. 550, p. 145 et n. 706, p. 573.

(3) Pothier, *Oblig.,* n. 275.

(4) On peut s'étonner que les auteurs du Code n'aient pas plutôt transporté dans

a méconnu ainsi le principe d'interprétation que nous venons de rappeler. Aussi la disposition de l'art. 1285 est-elle fort critiquée (1).

Quand l'obligation est indivisible, la décharge consentie par le créancier à l'un des débiteurs est relative et purement personnelle. Les autres obligés ne peuvent donc pas l'invoquer. La disposition de l'art. 1285, al. 1er, est contraire aux principes, et, par suite, elle ne doit pas être étendue au cas dont nous parlons (2).

Mais, lorsque les codébiteurs sont solidaires, le legs de remise fait à l'un d'entre eux profite même à ceux qui ne sont pas nommés dans le testament, sauf s'il est établi que la volonté du disposant a été contraire. L'art. 1285, il est vrai, s'exprime ainsi : « La remise ou décharge *conventionnelle* »; mais, si le législateur a employé ce dernier mot, c'est parce qu'il a visé spécialement le cas le plus fréquent de remise expresse (3).

1792. On voit que, dans le système du Code, le créancier ne conserve ses droits contre les autres codébiteurs solidaires que s'il les a réservés expressément (4). Quand cette réserve a eu lieu, quel en est l'effet? L'art. 1285, al. 2, répond : « *Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise* » (5). Si le créancier pouvait demander le total du montant de la dette à un autre des codébiteurs solidaires, celui-ci, après avoir payé, ne manquerait pas d'exercer une action

notre législation la décision relative au pacte *de non petendo* fait avec un des *correi promittendi*. Les jurisconsultes romains estimaient que, pour déterminer les effets de ce pacte à l'égard des autres débiteurs, il convenait de rechercher quelle avait été la volonté du créancier. L. 21, L. 25, § 1, D., *De pactis*, II, 14.

(1) V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 144 *bis*-I; Demolombe, XXVI, n. 396; Laurent, XVII, n. 340; Huc, VIII, n. 138, p. 178.

(2) *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 460; Huc, VIII, n. 138, p. 178. — *Contra* Larombière, V, p. 103 (art. 1285, n. 18).

(3) Larombière, V, p. 98 *in fine* (art. 1285, n. 12).

(4) Lorsque le mari et la femme sont codébiteurs solidaires, la remise de dette consentie au profit du premier n'a point pour effet de libérer la femme, si le créancier a expressément réservé ses droits contre celle-ci. Cette décision est une application pure et simple de l'art. 1285. Paris, 16 avril 1864, S., 64. 2. 289, D. P., 64. 2. 127.

(5) V. application dans Trib. civ. Seine, 4 avril 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 802.

récursoire contre le codébiteur déchargé, qui, mis ainsi dans la nécessité de supporter pour sa part l'exécution de l'obligation, perdrait le bénéfice de la remise.

Si l'un des codébiteurs non libérés devient insolvable, la part qui aurait dû être supportée dans son insolvabilité par le codébiteur déchargé demeurera au compte du créancier, celui-ci devant naturellement subir toutes les conséquences de la remise par lui consentie (1).

Supposons que, dans ses rapports avec ses codébiteurs, celui à qui la remise a été faite dût supporter dans la dette une part supérieure ou inférieure à sa part virile, c'est-à-dire à sa part apparente : quelle est, dans ce cas, la déduction que le créancier est tenu d'opérer, lorsque, en vertu de la réserve expresse qu'il a faite, il demande le paiement à un autre codébiteur? Doit-elle être de la part virile du débiteur déchargé? Doit-elle être de sa part réelle?

Si la part réelle est inférieure à la part virile, c'est elle qu'il faut déduire, car les codébiteurs qui n'ont pas obtenu la remise ne sont libérés qu'à raison du recours qu'ils pourraient exercer contre le codébiteur déchargé : or, c'est seulement pour la part réelle de celui-ci qu'ils auraient ce recours.

Mais si la part réelle est supérieure à la part virile, il faut distinguer : au cas où le créancier était, au moment de la remise, renseigné sur l'intérêt que le codébiteur libéré avait dans la dette, il convient de déduire la part réelle. Il en est autrement si le créancier n'était pas au courant de la situation (2).

1793. *b.* L'art 1287, al. 1er, dispose : « *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions* ». Cette disposition n'est qu'une déduction de ce

(1) Huc, VIII, n. 138, p. 178 *in fine*.

(2) *Sic* Mourlon, II, n. 1269; Demolombe, XXVI, n. 397; Larombière, V, p. 100-101 (art. 1285, n. 16); Laurent, XVII, n. 341, p. 342, *in fine;* Huc, VIII, n. 138, p. 179. — Cpr. Toullier, III, n. 307; Marcadé, IV, n. 803. — D'après Delvincourt, la remise doit toujours être censée faite de la part réelle, II, p. 573. — Et, d'après Rodière, il faudrait toujours la considérer comme portant sur la part virile, n. 74. — L'une et l'autre de ces opinions sont également insoutenables. Il est évident qu'il s'agit ici d'une question d'intention.

principe que l'engagement de la caution, étant l'accessoire de celui du débiteur principal, doit disparaître avec lui. Au surplus, si, nonobstant la remise consentie par le créancier au profit du débiteur principal, la caution demeurait obligée, cela aurait pour conséquence de rendre cette remise inutile, puisque la caution, après avoir payé, pourrait agir contre le débiteur principal pour se faire rembourser [1].

Le principe que l'engagement accessoire doit forcément disparaître avec l'engagement principal s'oppose à ce que le créancier puisse, tout en éteignant par la remise cette dernière obligation, réserver ses droits contre la caution. Il n'appartient pas, d'ailleurs, au créancier de priver celle-ci de son recours contre le débiteur principal. Elle pourrait donc, malgré la remise faite à ce débiteur, lui demander le remboursement des sommes par elle payées, de sorte que le recours, conséquence forcée de la réserve, anéantirait l'effet de la remise. Il faut dire, par suite, qu'en accordant cette dernière, le créancier s'est mis dans l'impossibilité d'agir contre la caution, quelque réserve qu'il ait formulée à cet égard [2].

1794. Les remises concordataires échappent aux dispositions de l'art. 1285, al. 1er, et de l'art. 1287, al. 1er. C'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 545 C. com. (L. 17 juillet 1838) ainsi conçue : « Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli ». Quels sont les motifs de cette disposition? Les remises dont nous parlons maintenant ne sont point des remises volontaires en faveur du débiteur. Elles sont une conséquence de l'insolvabilité du failli. Or les conséquences de l'insolvabilité de l'un des débiteurs solidaires doivent retomber sur les autres. En ce qui regarde les cautions, la disposition de l'art. 545 C. com. se justifie tout aussi

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 617, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 364).

(2) *Sic* Pothier, n. 381 (édit. Dupin, I, p. 221 *in fine*-222 : Troplong, *Cautionnement*, n. 505; Pont, *Des petits contrats*, II, n. 407; Aubry et Rau, IV, p. 205, note 23; Larombière, V, p. 105 (art. 1287, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 462. — *Contra* Zachariæ, § 324, note 17. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 371, p. 397. — Orléans, 6 juin 1868, S., 69. 2. 6, D. P., 68. 2. 224.

facilement : lorsqu'une personne exige un cautionnement comme garantie de l'obligation de son débiteur commerçant, son but est précisément de s'assurer ainsi le paiement intégral de sa créance pour le cas ou ce débiteur viendrait à faire faillite. Le législateur devait donc reconnaître au créancier le droit de demander, en pareil cas, à la caution, la totalité du paiement. Le cautionnement, contrat accessoire, suppose, il est vrai, l'existence d'une obligation principale, et, cette obligation disparaissant, l'engagement de la caution disparaît aussi, par voie de conséquence ; mais, pour que le cautionnement soit possible, une obligation naturelle suffit ; or, comme nous l'avons dit, les remises concordataires laissent subsister une obligation naturelle (1).

1795. Les dipositions de l'art. 1285, al. 1er et de l'art. 1287, al. 1er, s'appliquent, au contraire, à la remise que les créanciers d'un commerçant en état de cessation de paiements, mais non déclaré en faillite, lui accordent en retour de l'abandon amiable de son actif. La raison, c'est que l'art. 541, al. 2 et 3 C. com. (l. 17 juill. 1856), qui permet le concordat par abandon d'actif, ne lui attribue les effets des autres concordats que s'il est formé au cours de la faillite. La loi commerciale n'a donc pas dérogé aux règles du droit civil quant aux remises consenties à un commerçant non failli qui abandonne son actif après cessation de paiements (2).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 237 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 206 ; Larombière, V, p. 106 (art. 1287, n. 4) ; Demolombe, XXVIII, n. 464 ; Laurent, XVIII, n. 371 ; Lyon-Caen et Renault, *Pr. de dr. comm.*, II, n. 2914, et *Tr. de dr. comm.*, VIII, n. 619 ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, p. 498 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit , n. 2102, p. 1081 ; Planiol, II, n. 801, dern. al.

(2) Pardessus, *Droit comm.*, III, n. 1247 ; Alauzet, *Comment. du C. de comm.*, IV, n. 1850 ; Aubry et Rau, IV, p. 206, texte et note 26 ; Larombière, V, p. 107 (art. 1287, n. 4 *in fine*) ; Demolombe, XXVIII, n. 465 ; Laurent, XVIII, n. 371, p. 396 *in fine*-398. — Civ. cass., 12 juin 1867, S., 67. 1. 356, D. P., 67. 1. 219 ; 12 nov. 1867, S., 68. 1. 61, D. P., 67. 1. 483 ; 8 avril 1868, S., 68. 1. 260. — Caen, 10 juin 1868, S., 68. 2. 251. — Pau, 21 janv. 1869, S., 69. 2. 79. — Req., 30 mars 1869, S., 69. 2. 79. — Req., 30 mars 1869, S., 69. 1. 343, D. P., 69. 1. 512. — On fait valoir aussi, à l'appui de cette décision, que le traité dont il s'agit doit être considéré comme volontaire, puisqu'il ne constitue pas un concordat obligatoire pour tous les créanciers, notamment pour ceux qui n'y ont pas figuré. V. les autorités citées plus haut, excepté Laurent. — Cet argument, selon nous, repose sur une idée inexacte. Le concordat formé après déclaration de faillite échappe aux règles

1796. Quant à la remise faite à la caution, elle est sans effet par rapport au débiteur principal : « *Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal* », dit l'art. 1287, al. 2. Le créancier a pu vouloir renoncer au cautionnement, qui est un accessoire de la créance, sans entendre pour cela renoncer à sa créance elle-même ; il conserve donc ses droits contre le débiteur; ainsi l'exige le principe que les renonciations doivent être interprétées restrictivement.

Mais il ne faut pas conclure de l'art. 1287, al. 2, que le créancier ne pourrait pas, dans une convention conclue entre lui et la caution, renoncer à son droit au regard du débiteur principal. Ce résultat se produirait si le créancier avait eu la volonté de faire, non pas simplement remise du cautionnement, mais remise de la dette. Toutefois, pour que l'obligation s'éteignît quant au débiteur principal, il serait nécessaire qu'il acceptât la remise (1).

1797. L'art. 1287, al. 3, ajoute : « *Celle* (la remise expresse) *accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres* », de sorte que la remise expresse faite au profit d'une des cautions est toujours personnelle. Cette décision est fondée sur la double idée que, d'une part, le créancier peut libérer une caution sans libérer nécessairement les autres, et que, d'autre part, on doit interpréter sa renonciation dans un sens restrictif.

La disposition de l'art. 1287, al. 3, étant conçue en termes généraux, s'applique même dans le cas où les diverses cautions sont solidaires (2).

Si la remise accordée à une des cautions ne libère pas les

de l'art. 1285, al. 1er, et de l'art. 1287, al. 1er, même à l'égard des créanciers qui y ont concouru ; et, pour justifier cette décision, la doctrine fait observer qu'en réalité ce concordat est forcé aussi bien pour ces créanciers que pour les autres. Mais, s'il en est ainsi, la remise consentie à un commerçant non failli qui a fait abandon d'actif après cessation de paiements, ne saurait, elle non plus, être réputée volontaire de la part de ceux qui l'ont consentie. Car ceux-ci, tout comme les créanciers qui concourent au concordat proprement dit, agissent sous la pression des événements. Il faut donc s'en tenir à l'argument donné plus haut. — Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(1) Demolombe, XXVIII, n. 466; Laurent, XVIII, n. 372; Pont, *Petits contrats*, II, n. 332.

(2) Gauthier, *Subrogation*, n. 505; Larombière, V, p. 105 (art. 1287, n. 3). — *Contra* Toullier, VII, n. 331.

autres, ces dernières en retirent, néanmoins, un avantage, car, désormais, le créancier ne peut plus les poursuivre que sous la déduction de la part de la caution déchargée. C'est là un point certain : si les cautions sont solidaires — ce qui arrive si elles ont renoncé au bénéfice de division — celles qui n'ont pas été déchargées invoqueront par analogie l'art. 1285, al. 2. Si elles ne sont pas solidaires, les cautions non déchargées n'auront qu'à invoquer le bénéfice de division pour se soustraire à l'obligation de payer la part de la caution déchargée. *Adde* arg. art. 2033 et 2037 (1).

Cependant il n'en serait pas ainsi au cas où la caution déchargée se serait engagée après les autres et sans que son engagement fût une condition de celui de ces dernières ; car alors les autres cautions n'ont pas pu compter, lorsqu'elles sont intervenues, qu'elles auraient un recours contre la caution déchargée, et la libération de celle-ci ne leur cause aucun dommage (2).

1798. L'art. 1288 prévoit en ces termes le cas où la remise du cautionnement n'a été accordée que moyennant un prix :

(1) Delvincourt, II, p. 572 ; Toullier, VII, n. 331, à la note ; Marcadé, IV, n. 807 ; Duranton, XII, n. 375 ; Colmet de Santerre, V, n. 237 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, p. 205, texte et note 24 ; Larombière, V, p. 105-106 (art. 1287, n. 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 467 ; Laurent, XVIII, n. 373 ; Arntz, III, n. 233 *in fine ;* Vigié, II, n. 1599 ; Thiry, III, n. 79, p. 102 ; Planiol, II, n. 2379, al. 2.

(2) *Sic* Pothier, n. 617 ; Marcadé, IV, n. 809 ; Duranton, XII, n. 375 ; Troplong, *Cautionn.*, n. 426 ; Ponsot, *Cautionn.*, n. 282 ; Larombière, V, p. 106 (art. 1287, n. 4 *in fine*) ; Demolombe, XXVIII, n. 468. — *Contra* Gauthier, *Subrog.*, n. 504 ; Laurent, XVIII, n. 373 ; Huc, VIII, n. 140 *in fine*, p. 180. — M. Laurent fait observer que le créancier ne peut pas, en déchargeant une caution, aggraver la charge des autres, quelle que soit l'époque à laquelle ces dernières se sont engagées. Ce point de vue nous paraît inexact. Sans doute, la charge des autres cautions ne saurait être aggravée, mais seulement en ce sens que le créancier ne peut pas ajouter à la charge que ces cautions ont acceptée au moment où elles se sont engagées. Le fait que, dans la suite, une nouvelle caution est venue garantir la même dette n'a pas pour effet de modifier l'engagement des autres cautions, et, par conséquent, en droit, cette particularité que la décharge accordée à la nouvelle caution n'entraîne pas la déduction de la part de celle-ci ne peut pas être considérée comme empirant la situation des cautions antérieures. M. Huc, après avoir reproduit l'argument de M. Laurent, ajoute qu'au surplus, l'art. 1287 ne fait et n'autorise aucune distinction. Mais de ce que cet article dispose en termes absolus que la décharge « accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres », il serait plus logique de conclure (ce qui, d'ailleurs, serait inexact) que la remise faite à une des cautions ne diminue jamais la charge des autres.

« *Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions* ». Cette disposition, contraire à l'opinion de Dumoulin et de Pothier [1], est critiquée avec raison par tous les auteurs.

[1] Dumoulin, *De usuris, Quæst.* 34; Pothier, *Oblig.*, n. 617 *in fine* et 618. Ces deux jurisconsultes décidaient de la façon la plus formelle que la somme d'argent payée par la caution pour la décharge de son engagement ne devait pas être imputée sur le montant de la dette. Pothier, notamment, s'exprimait ainsi : « Cette décision que la décharge accordée à une caution ne libère ni le débiteur principal ni les cofidéjusseurs, a lieu, quand même le créancier aurait reçu une somme d'argent de la caution pour la décharger de son cautionnement. Le débiteur principal ne sera pour cela déchargé de rien, car cette somme n'est pas donnée en paiement et pour venir en déduction de la dette; mais elle est donnée pour le prix de la décharge du cautionnement ». *Op. cit.*, n. 617 *in fine*. — Toutefois Pothier se demandait ensuite si, dans les rapports du créancier et de la caution déchargée, une pareille convention était licite. Il résolvait cette question par une distinction; la convention était licite si le créancier avait juste sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur. Il en était autrement si le créancier n'avait pas à redouter cette insolvabilité. Alors, en effet, l'*alea* faisant défaut, le contrat aléatoire manquait de cause. Mais Pothier ajoutait deux propositions qu'il est essentiel de rappeler pour dégager complètement sa pensée : D'après lui, lorsqu'une caution donnait quelque chose pour obtenir sa décharge, *on devait présumer, dans le for extérieur, qu'il y avait lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur*, « car on n'est pas présumé donner sans sujet ce qu'on donne ». De plus, dans le cas où il était démontré que l'insolvabilité du débiteur n'était pas à redouter, la caution, si la dette n'avait pas encore été acquittée, devait, pour réussir dans la répétition de ce qu'elle avait payé indûment, offrir de demeurer engagée comme elle l'était avant la remise du cautionnement. Elle pouvait aussi cependant, si elle le préférait, payer la dette en imputant sur le montant de cette dernière ce qu'elle avait donné pour être déchargée. Mais telle était la seule conséquence du caractère illicite de la convention. Donc, même dans la seconde hypothèse, le débiteur principal ne pouvait pas répéter contre le créancier ce que celui-ci avait reçu comme prix de la remise du cautionnement, ni rien retenir sur le montant de la dette, lors du paiement; « car la caution n'ayant aucun recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a donnée indûment pour la décharge de son cautionnement, le débiteur principal est sans intérêt ». *Op. cit.*, n. 618. La pensée de Pothier est donc bien claire : ce que le créancier recevait pour la décharge du cautionnement ne devait jamais venir en déduction de la dette. Les rédacteurs du Code ont préféré l'opinion contraire. Quelles sont les raisons qui les ont décidés? Dans la discussion au Conseil d'État, Treilhard a invoqué un argument d'une extrême faiblesse. Le voici : « Le créancier, en prenant une caution, n'a d'autre objet que de pourvoir à la sûreté de sa créance; or, lorsqu'il reçoit, cet objet est rempli jusqu'à concurrence de la somme qu'il recouvre. Les lois réputent tout cautionnement gratuit et officieux, et par ce motif elles accordent de la faveur aux cautions; la moindre est de faire tourner à leur profit le remboursement partiel qui diminue réellement la dette ». — Fenet, XIII, 87-88; Locré, XII, n. 9, p. 184. — Cela suppose que le paiement fait par la caution constitue une exécution partielle de l'obligation cautionnée. Mais il

Précisons l'hypothèse qu'elle prévoit : une caution, redoutant l'insolvabilité du débiteur, offre une certaine somme au créancier pour le cas où il consentirait à la décharger du cautionnement. Le créancier accepte. Que s'est-il passé? En offrant la somme, la caution a entendu se soustraire au risque de l'insolvabilité du débiteur, et, en acceptant, le créancier a entendu prendre ce risque à son compte. Il est donc intervenu entre le créancier et la caution un véritable contrat aléatoire : la somme n'a pas été reçue par le créancier à titre de paiement partiel de la dette garantie, mais bien comme prix du risque de l'insolvabilité qu'il prend désormais à sa charge. On voit donc que la loi, en déclarant cette somme imputable sur le montant de la dette, détruit pour le créancier tout le profit de la convention et lui laisse la mauvaise chance en lui enlevant la bonne. C'est anéantir un contrat qui, en soi, n'a rien de contraire aux principes. Dans ces conditions, aucun créancier ne consentira à accorder la décharge

n'en est rien, puisque c'est le paiement du prix du risque assumé par le créancier, c'est-à-dire du risque de supporter les conséquences de l'inexécution. Le législateur a aussi redouté l'usure. Mais, à deux points de vue différents, il est facile de montrer que cette crainte ne s'explique pas; même si le créancier se trouve, en définitive, toucher quelque chose en sus du montant de la dette, l'excédent n'est pas le produit d'un capital, mais la compensation du danger couru par le créancier. Puis, comment les auteurs du Code ont-ils pu se laisser dominer par cette préoccupation, eux qui n'ont pas limité le taux de l'intérêt conventionnel? Selon Bigot-Préameneu, on devait aussi craindre que le système repoussé par la loi ne fût un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, si le créancier et la caution déchargée s'entendaient pour que la somme payée ne fût pas imputée sur la dette. — Fenet, XIII, p. 281; Locré, XII, p. 382-383, n. 159. — Mais, si la caution déchargée ne fait pas cette imputation, tout ce qui en résulte, c'est qu'elle n'a pas de recours à exercer contre les autres cautions et qu'elle supporte exclusivement le paiement par elle fait. Cette observation exclut la possibilité de la fraude. De tous les arguments invoqués par les rédacteurs du Code, le seul qui ait quelque valeur est le suivant : L'opinion de Dumoulin et de Pothier n'est spécieuse que s'il y avait sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, « mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité? » Fenet et Locré, *loc. cit.* — En admettant même qu'il soit parfois difficile d'administrer cette preuve, on peut répondre, avec M. Demolombe, que cette considération n'est pas suffisante pour faire brèche au principe de la liberté des conventions. Demolombe, XXVIII, n. 472. — Mais, au surplus, la difficulté dont on parle ne saurait guère se rencontrer. L'intervention de plusieurs cautions pour un débiteur principal rend déjà, par elle-même, plus ou moins douteuse la solvabilité de celui-ci, et le fait qu'une de ces cautions a consenti ensuite à payer une somme pour être libérée, montre bien qu'il existe un risque pour le créancier; sans quoi ce paiement serait inexplicable. Laurent, XVIII, n. 374, p. 401.

du cautionnement, puisque la chance de perte que lui ferait courir cette décharge ne serait pas compensée par une chance de gain [1].

On ne saurait, d'ailleurs, soutenir que la disposition de l'art. 1288 a seulement pour but de dégager, en cas de silence des parties, la volonté vraisemblable de celles-ci, en d'autres termes que cette disposition établit simplement une présomption susceptible d'être écartée par une clause explicative, ou d'être renversée par la preuve contraire. La formule que le législateur a employée est impérative. « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharger du cautionnement, *doit* être imputé sur la dette... [2]. D'ailleurs, les rédacteurs du Code ont si peu reconnu aux parties le droit de s'opposer à l'application de l'art. 1288 qu'ils ont considéré comme une fraude le fait de convenir que le prix de la décharge ne serait pas imputé sur la somme due [3].

Mais, en pratique, il y a un moyen bien simple d'éluder la disposition de l'art. 1288. Que le créancier, après avoir reçu comptant la somme que lui offre la caution, donne à celle-ci une décharge pure et simple, c'est-à-dire une décharge dans laquelle il ne fera pas mention de cette somme. La remise du cautionnement apparaîtra ainsi sous la couleur d'un acte à titre gratuit, et le créancier conservera le droit d'agir pour le tout contre les autres obligés [4]. Et cependant ce moyen ne procure pas au créancier une sécurité absolue ; car, ne

[1] Duranton, XII, n. 379; Mourlon, II, n. 1437; Colmet de Santerre, V, n. 238 *bis;* Larombière, V, p. 109-111 (art. 1288, n. 2) ; Demolombe, XXVIII, n. 469-471; Laurent, XVIII, n. 374, p. 400-401; Vigié, II, n. 1600; Huc, VIII, n. 141, p. 180-181.

[2] Marcadé, IV, n. 814; Larombière, V, p. 111 (art. 1288, n. 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 474.

[3] On lit dans le procès-verbal de la séance du Conseil d'Etat du 25 brumaire an XII : « M. Ségur dit que cette disposition sera facilement éludée. Si le créancier manque de délicatesse, il recevra le prix moyennant lequel il relâche la caution, et n'exprimera dans l'acte qu'une décharge pure et simple. M. Treilhard dit que la loi ne peut rien contre les *fraudes* que rien ne trahit ». Fenet, XIII, p. 88. Locré, XII, n. 9, p. 184. — V. aussi le passage de l'*Exposé des motifs* cité *supra*, p. 118, note continuée.

[4] On a vu par l'extrait du procès-verbal reproduit à la note précédente que, lors de la discussion au Conseil d'Etat, Ségur avait prévu l'emploi de ce procédé et que, selon Treilhard, la loi était impuissante à le prévenir.

fût-ce qu'en lui déférant le serment, peut-être, dans la suite, prouvera-t-on contre lui que la décharge accordée à la caution n'était pas gratuite, et, dans ce cas, il subira l'application de l'art. 1288.

B. *Remise tacite.*

1799. Nous entendons ici par remise tacite celle qui est présumée par la loi à raison de l'abandon, que le créancier a fait volontairement de son titre. Art. 1282 et 1283. On comprend qu'une semblable remise est nécessairement *réelle ;* car elle résulte de l'impossibilité où le créancier s'est mis volontairement de prouver son droit, et il est clair que cette impossibilité existe au regard de tous. Aussi l'art. 1284 dit-il : « *La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs* ».

Par identité de motif cette disposition s'applique lorsqu'il s'agit d'une dette indivisible [1].

1800. Nous croyons même qu'elle s'applique aussi lorsque les codébiteurs sont simplement conjoints : la remise que le créancier fait volontairement du titre à l'un d'entre eux profite donc aux autres. On oppose un argument *a contrario* tiré de l'art. 1284, ce texte visant exclusivement les débiteurs *solidaires*. Mais, outre qu'un argument *a contrario* est toujours suspect, celui dont il s'agit ne doit pas nous faire oublier le motif de la loi ; or ce motif existe aussi bien lorsque les débiteurs sont simplement conjoints que lorsqu'ils sont solidaires. Dans les deux cas, l'impossibilité pour le créancier de poursuivre le paiement se produit d'une façon absolue. On objecte également que, dans notre hypothèse, il y a plusieurs dettes distinctes et que celui des débiteurs à qui le titre est rendu est un tiers par rapport aux autres.

Sans doute, il y a plusieurs dettes; mais, comme il n'y a qu'un titre, le créancier, en le restituant à l'un des débiteurs, se désarme au regard de tous. Peu importe que le débiteur qui reçoit le titre ne soit pas le mandataire de ses codébiteurs.

[1] Larombière, V, p. 86 (art. 1284, n. 2) ; Demolombe, XXVIII, n. 412 *in fine ;* Huc, VIII, n. 138, p. 177.

D'abord, il se peut que la restitution du titre s'explique par un paiement; or l'un des débiteurs conjoints peut certainement payer pour les autres, puisque, d'une façon générale, un tiers quelconque peut payer pour un débiteur. Et s'il s'agit d'une remise de dette gratuite, le débiteur à qui le titre est abandonné accepte la remise de dette non seulement pour son propre compte, mais aussi comme gérant d'affaires de ses codébiteurs [1].

1801. Il est de toute évidence que la remise volontaire du titre original au débiteur principal profite à la caution. En rendant ce titre, le créancier se désarme aussi bien au regard de cette dernière qu'au regard du débiteur principal. D'ailleurs, quand l'engagement de celui-ci prend fin, la caution, débiteur accessoire, ne saurait demeurer obligée.

En sens inverse, la restitution du titre à la caution fait preuve de libération au profit du débiteur principal. Cette décision est fondée sur le premier des motifs que nous venons d'indiquer : le créancier se désarme non seulement envers la caution, mais encore envers le débiteur principal.

Enfin, au cas de pluralité de cautions, la remise que le créancier fait de son titre unique à l'une d'elles a pour effet de libérer les autres. La raison de décider est la même [2].

SECTION IV

DE LA COMPENSATION [3]

1802. La compensation est l'extinction de deux obligations qui, existant en sens inverse entre les mêmes personnes, sont réputées payées soit totalement, soit à concurrence de la plus faible, suivant que le chiffre de l'une d'elles est égal ou non

[1] *Sic* Marcadé, IV, n. 799, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 233 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, p. 207, texte et note 31; Demolombe, XXVIII, n. 413; Laurent, XVIII, n. 376, al. 2. — *Contra* Larombière, V, p. 63 (art. 1282, n. 10, al. 3).

[2] Demolombe, XXVIII, n. 414-416.

[3] A.-E. Lair, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français ancien et moderne* (Paris, 1862); Albert Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne* (Paris, 1864).

à celui de l'autre. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, disait la loi romaine [1]. Chacun des créanciers se paie en retenant ce qu'il doit. Ainsi le mode d'extinction dont nous parlons s'analyse en un double paiement fictif.

Le mot compensation vient de *pensare cum*. La compensation est, en effet, la balance établie entre deux dettes réciproques.

On voit que, grâce à elle, chacun des débiteurs est dispensé de livrer effectivement à l'autre l'objet de sa dette. C'est ce que Domat met en relief dans la définition suivante : « Les compensations ne sont autre chose que deux paiements réciproques qui se font en même temps *sans que les débiteurs se donnent autre chose l'un à l'autre que les seules quittances*, les dettes demeurant anéanties pour tout ce qui se trouvera acquitté par la compensation » [2].

Ce mode d'extinction n'est point une nécessité juridique. En droit, on conçoit fort bien que deux dettes réciproques coexistent sans se détruire l'une l'autre, et que chacune d'elles fasse l'objet d'un paiement réel. Mais de puissants motifs d'utilité pratique et d'équité sont invoqués en faveur de la compensation. Elle a cet avantage considérable d'épargner aux parties des déplacements, des lenteurs et des frais, de prévenir des procès et surtout d'empêcher que l'une des parties ne soit victime de l'insolvabilité de l'autre. Aussi la loi romaine disait-elle : « *Compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potius non solvere quam solutum repetere* [3] ». Proposition d'une exactitude évidente [4].

Deux personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, peuvent — cela va sans dire — convenir que leurs créances réciproques se balanceront à concurrence de la plus faible. Cette opération, qui, cepen-

[1] L. 1, D., *De compens.*, XVI, 2, Modestin. — V. sur le sens de cette définition, Desjardins, *op. cit.*, n. I, p. 1-3.

[2] *Lois civiles*, 1re part., liv. IV, tit. II, préambule (édit. Rémy, II, p. 246).

[3] L. 3, D., *De compens.*, XVI, 2, Pomponius. — V. aussi Domat, *op. cit.*, 2e part., liv. IV, tit. II, sect. 1, n. 2 (édit. Rémy, II, p. 247); Pothier, *Oblig.* n. 623, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 370).

[4] Toullier, VII, n. 344; Demolombe, XXVIII, n. 477; Mourlon, II, n. 1439; Lair, *op. cit.*, p. IV-V; Laurent, XVIII, n. 380.

dant, à proprement parler, constitue plutôt une remise de dette ou une dation en paiement mutuelle qu'une compensation véritable ([1]), est qualifiée couramment de compensation conventionnelle ([2]). Mais, à raison des divers intérêts que nous venons d'indiquer, il importe que le législateur reconnaisse à chacune des parties le droit d'invoquer la compensation contre le gré de l'autre.

Cela posé, plusieurs systèmes se conçoivent : la compensation peut être, en effet, légale, judiciaire ou réalisable par simple déclaration unilatérale de volonté; en d'autres termes, elle peut avoir lieu soit de plein droit, par la seule vertu de la loi, soit dès qu'elle est prononcée par le juge, soit enfin dès que l'une des parties fait savoir à l'autre qu'elle entend s'en prévaloir.

Il existe beaucoup d'analogie entre le droit rétention et la compensation. L'un et l'autre sont d'un grand secours pour des personnes qui sont créancières de leurs créanciers. L'un et l'autre permettent de retenir la chose due. Mais deux importantes différences les séparent. D'abord, le droit de rétention n'est admis que pour les dettes connexes ([3]), tandis que la compensation est possible entre les dettes ne satisfaisant pas à cette condition. De plus, la compensation réalise le paiement, tandis que le droit de rétention ne fait que le garantir. Aussi M. Saleilles dit-il que la compensation est « un droit de rétention renforcé » ([4]).

1803. Nous avons montré combien il est facile de justifier la compensation par des considérations d'équité et d'utilité pratique. Nous plaçant au point de vue économique, nous ajouterons que, par suite de l'immense développement des affaires, la compensation est devenue pour ainsi dire indispensable : « Par le double paiement dont elle tient lieu et le double déplacement de fonds qu'elle évite, dit M. Lair, elle abrège et facilite singulièrement les opérations journalières

([1]) Colmet de Santerre, V, n. 240 *bis*.

([2]) V. *infra*, n. 1882 *in fine*.

([3]) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, I, n. 233 s.

([4]) Saleilles, *Essai d'une théor. gén. de l'oblig.*, n. 61, p. 46.

du commerce, et en rendant ainsi libres et disponibles des fonds que ces paiements auraient absorbés, elle a, sur la quantité de numéraire en circulation, une profonde influence, et paraît destinée à devenir de plus en plus l'un des principaux instruments du crédit » (1).

Les *Clearing-Houses* (maisons de compensation, de liquidation ou de virement) font bien apparaître tout le parti qu'on peut tirer de la compensation. Le plus ancien de ces établissements est le *Clearing-House* de Londres (2), association privée qui fut créée en 1775 (3). Voici l'idée générale du système : il suppose un accord entre des banquiers. Les divers adhérents remettent quotidiennement à la Chambre de compensation les chèques et autres effets de commerce arrivés à échéance et qui sont payables chez d'autres adhérents. La chambre compense leurs créances et leurs dettes respectives en échangeant les valeurs, de sorte qu'en définitive il suffit de régler le solde, qui, nécessairement, est insignifiant relativement au montant de tous les effets (4). Remarquons,

(1) Lair, *op. cit.*, p. XIII *in fine*, et p. XIV.

(2) Cependant, dès le XVIIe siècle, il existait à Lyon une Chambre de compensation pour les lettres de change. — V. Savary, *Parfait négociant*, 1re partie, liv. III, ch. XII (la 1re édition est de 1675). — Peut-être la Chambre de compensation de Lyon a-t-elle donné la première idée du *Clearing-House* de Londres. Mais elle disparut en 1793. Chastenet, *Etude sur les chèques, leur rôle économique et leur législation*, Paris, 1882, p. 16 et 17; Georges Michel, *Les Chambres de compensation (Clearing-Houses) en Europe et en Amérique*, dans l'*Economiste français*, 1890, 1er vol., p. 613, col. 2 *in fine* et p. 614; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 550.

(3) V. Ern. Seyd, *The London Banking and Bankers Clearing-House System* (London, 1871). — W. Howarth, *Our Clearing System and Clearing-House* (*Bankers Magazine*). London, 1883-1884. — Charles Berteaux, *Etude sur la Chambre de compensation ou Clearing-House* de Londres. — V. le tableau des opérations du Clearing-House de Londres depuis 1871 jusqu'à 1901 dans le *Bull. de statist. et de législ. comp.*, XXVIe année, t. 51e, p. 382.

(4) Pour les détails, voir surtout Stanley Jevons, *De la monnaie*, ch. XXI, 5e édit., 1891, p. 216-236. — V. aussi, outre les ouvrages cités à la note précédente, Gilbert, *A practical Treatise on banking*, 2 vol. (London, 1849); Coullet, *Les chèques et le Clearing-House*, Paris, 1864; Desjardins, *op. cit.*, n. CXLIV, p. 467-483; Ch. Coquelin et Guillaumin, *Dict. de l'écon. polit.*, v° *Clearing-House*, art. de Ch. Coquelin, I, p. 378-379, Paris, 1873; Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *Dict. des finances*, v° *Chambres de compensation*, art. d'Auguste Arnauné, I, p. 924-930, Paris, 1889; Léon Say et Joseph Chaillet, *Nouv. dict. d'écon. polit.*, v° *Compensations*, article d'Auguste Arnauné, I, p. 477-480, Paris, 1891; Georges

toutefois, que, pour arriver à ce résultat, le *Clearing-House* a recours non seulement à des compensations, mais aussi à des délégations (1).

Dans la suite, des établissements analogues ont été fondés dans plusieurs grandes villes d'Angleterre, notamment à Manchester, à Liverpool, à Birmingham et à Newcastle (2).

Le mouvement a aussi gagné les autres pays. Il existe des *Clearing-Houses* dans beaucoup de villes des Etats-Unis (3). Celui de New-York, qui est le plus ancien, mérite une mention particulière. Il remonte à 1853. Il fait à lui seul plus de la moitié des opérations totales de l'Union américaine. C'est le *Clearing-House* le plus important du monde entier (4).

Il a été créé à Paris, en 1872, une Chambre de compensation ; mais elle est très loin d'avoir atteint le développement de celles de Londres ou de New-York (5).

Michel, *Les Chambres de compensation en Europe et en Amérique* dans l'*Economiste français*, 1890, 1er vol., p. 611 s. ; Cauwès, *Précis du cours d'écon. polit.*, 2e édit., I, n. 599, p. 549-551, texte et notes, Paris, 1881, *Cours d'écon. polit.*, 3e édit., II, n. 599, p. 281-285, texte et notes, Paris, 1893 ; Paul Leroy-Beaulieu, *Traité théor. et prat. d'écon. polit.*, III, 608-610 et IV, p. 192 *in fine*, et p. 193, Paris, 1896 ; Thaller, *Traité élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1283-1284, p. 678-679 ; Fuzier-Herman, *Répert. gén. alph. du dr. franç.*, v° *Chèque*, n. 11, 17-21, 25, 237-239, 241-242 et 246-248 ; Albert Tessier, *Traité théorique et pratique des Chambres de compensation (Clearing-Houses)*, Paris, 1894 (thèse) ; Emile Vandervilde, *Les Chambres de compensation*, dans les *Annales de l'Institut des sciences sociales*, 1896, p. 37-45.

(1) V. *supra*, n. 1743. — V. aussi Lair, *op. cit.*, p. XVI.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 544 *in fine* ; Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op.* et v° *cit.*, p. 928, col. 1 ; Georges Michel, *op. cit.*, *Economiste français*, 1890, 1er vol., p. 612, col. 2.

(3) Notamment à New-York, Boston, Chicago, Philadelphie, Saint-Louis, Pittsburg, Baltimore, San Francisco, Cincinnati, Kansas-City, Minneapolis, Cleveland, Providence, Louisville, Hartford, New-Haven, Columbus, Memphis, Peoria, Worcester, Springfield, Lowell, Portland, etc., etc. — V. Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op.* et v° *cit.*, p. 928, col. 2 ; Fuzier-Herman, *op.* et v° *cit.*, n. 241. — On trouvera le tableau des opérations des *Clearing-Houses* des Etats-Unis en 1900 et en 1901 dans le *Bull. de statist. et de législ. comp.*, XXVIe année, t. 51e, p. 399.

(4) Stanley Jevons, *op. cit.*, p. 227-228 ; Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op.* et v° *cit.*, p. 928-929 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 604. — V. le tableau des opérations du *Clearing-House* de New-York depuis 1853-1854 à 1896-1897, dans l'*Economiste français*, 1898, 2e vol., p. 189, et le tableau des opérations de cet établissement en 1899 et depuis 1890, dans la même revue, 1900, 1er vol., p. 210.

(5) Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 872 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr.*

On trouve des institutions du même genre en Italie (1), en Autriche (2) et en Allemagne (3).

1804. Malgré tous ses avantages, la compensation ne fut admise qu'assez tard (4). Dans la procédure romaine primitive, le principe de l'unité de question en excluait la possibilité. D'après ce principe, qui avait pour but de simplifier la mission du juge et qui, d'ailleurs, s'appliquait aussi bien au demandeur qu'au défendeur, les parties devaient se borner à soumettre au juge une question unique. Par conséquent, si le débiteur poursuivi avait lui-même une créance contre le demandeur, il ne pouvait pas l'opposer sous forme de contreprétention ; il devait payer, sauf à actionner à son tour l'autre partie (5).

Quelques dérogations furent apportées à cette règle dans l'intervalle qui s'écoula entre l'avènement de l'empire et la réforme attribuée à Marc-Aurèle (6). En voici l'énumération :

comm., IV, n. 550, texte et notes ; Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op.* et v° *cit.*, p. 929. — Pour le tableau des opérations de la Chambre de compensation de Paris depuis 1872 jusqu'à 1901 (débit et crédit cumulés), voir le *Bull. de statist. et de législ. comp.*, xxve année, t. 50e, p. 290.

(1) V. décret du 10 mai 1881, rendu en exécution de la loi du 7 avril 1881, relative à la suppression du cours forcé (art. 22), *Ann. de lég. étrang.*, XIe année, 1882, p. 397, *Economiste français*, 1883, 2e vol., p. 411 : Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op.* et v° *cit.*, p. 930, col. 1. — Le décret précité du 10 mai 1881 a établi les six chambres de compensation de Milan, Rome, Florence, Gênes, Catane et Bologne. Celle de Livourne existait avant ce décret. La seule qui soit vraiment prospère est celle de Milan.

(2) V. *Bull. de statist. et de législ. comp.*, x^e^ année, t. 20e, p. 566 ; Léon Say, Louis Foyot et Lanjalley, *loc. cit.* ; Georges Michel, *op. cit.*, *Economiste français*, 1890, 1er vol., p. 613.

(3) V. R. Koch, *Albrechnungstellen* (*Clearing-Hæuser*) *in Deutschland und deren Vergænger* (*Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*), Stuttgard, 1883. — Les chambres de compensation allemandes les plus importantes sont celles de Berlin, Hambourg et Francfort. — V. Léon Say, Louis Foyot et A. Lanjalley, *op. cit.*, p. 930 ; Georges Michel, *op. cit.*, *Economiste français*, 1890, 1er vol., p. 613, col. 2 ; Fuzier-Herman, *op.* et v° *cit.*, n. 237.

(4) Sur la compensation en droit romain, voir surtout Dernburg, *Geschichte und Theorie der compensation*, 2e édit., 1868, Eisele, *Die compensation*, 1876 ; Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, 1895. — Dans ce dernier ouvrage se trouve la bibliographie complète jusqu'au milieu de 1895. — *Adde* Pernice, *Labeo*, 2e édit., 2. 1, p. 261-309.

(5) Ihering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 13 s. ; Appleton, *op. cit.*, p. 12-15 ; Girard, *Man. élém. de dr. romain*, 2e édit., p. 688, et 3e édit., p. 698.

(6) Appleton, *op. cit.*, p. 56-218 ; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 689-691, et 3e édit.,

admission de la compensation judiciaire dans les actions de bonne foi, mais seulement pour les créances nées *ex pari causâ* (1); *compensatio* imposée à l'*argentarius* (2); *deductio* obligatoire pour le *bonorum emptor* (3); enfin admission de la compensation légale quant aux impenses dotales nécessaires (4) et en matière de pécule (5).

Cette dernière dérogation est particulièrement notable. Elle montre que les Romains ont eu la notion de la compensation légale et que, s'ils n'ont pas généralisé cette compensation, c'est parce qu'elle ne les satisfaisait pas (6).

Mais ce n'étaient là que des exceptions. La réforme qui, d'après les *Institutes* de Justinien, fut réalisée par un rescrit de Marc-Aurèle (7), avait, au contraire, une portée générale. Elle donnait au défendeur qui se prétendait créancier du demandeur, le droit d'opposer l'*exceptio doli*. Cette innovation fut inspirée par cette idée qu'il est contraire à la bonne foi de se faire payer ce qu'on doit rendre immédiatement (8). Cette réforme s'appliquait aux actions de droit strict, et, par conséquent, la compensation devenait possible pour les créances nées *ex dispari causâ*, puisque les rapports de droit qui engendraient les actions *stricti juris* étaient toujours unilatéraux. Il résulte même du texte des *Institutes* que le rescrit de Marc-Aurèle ne parlait que des actions de droit strict (9). Mais

p. 699-701. — V. aussi Accarias, *Pr. de droit romain*, 4e édit., n. 871 et 909, p. 1007, 1101-1104; Lair, *op. cit.*, p. 6-14; Desjardins, *op. cit.*, n. XVIII-XIX, p. 38 45.

(1) Gaius, *Instit.*, IV, § 61 et 63.

(2) Gaius, *Instit.*, IV, § 64.

(3) Gaius, *Instit.*, IV, § 65-68.

(4) « *Tales impensæ dotem ipso jure minuunt* ». L. 5, § 2, *De pact. dot.*, XXIII, 2 (Paul). — V. aussi L. 5, § 1, D., *De imp.*, XXV, 1; *Instit.* de Justinien, § 37 *i fine*, *De action.* (IV, 6). — V. Ihering, *op. cit.*, IV, p. 15 s.

(5) « *Ipso jure ob id factum minutum esse peculium* ». L. 30 pr., D., *De act. empt. et vend.*, XIX, 1.

(6) Girard, 2e édit., p. 698 *in fine* et 691 et 3e édit., p. 701.

(7) Marc-Aurèle a-t-il innové ou a-t-il simplement consacré la jurisprudence antérieure ? — V. dans le premier sens, Accarias, *op. cit.*, n. 910, p. 1105; Desjardins, *op. cit.*, n. XX, p. 46-48, et dans le second, Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, III, n. 2179 (12e édit., p. 661); Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, 3e édit. (Paris, 1876), II, p. 708; Lair, *op. cit.*, p. 15-18; Appleton, *op. cit.*, p. 279.

(8) « *Dolo facit qui petit quod redditurus est* ». L. 173, § 3, D., *De reg. jur.*, L. 17.

(9) « *Sed et in strictis judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* ». *Instit.* de Justinien, § 30, *De act.*, (IV, 6).

on s'accorde à penser que la réforme fut étendue tout de suite aux actions de bonne foi [1].

Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que la compensation dont il s'agit ne s'opérait certainement pas de plein droit, *ipsâ vi legis*. Elle avait le caractère de compensation judiciaire; il fallait qu'elle fût opposée par le défendeur [2], et le juge pouvait la rejeter, par exemple, si elle était d'une liquidation trop difficile.

Justinien réglementa à nouveau la compensation [3]. Il décida notamment qu'elle aurait toujours lieu *ipso jure*, ce qui ne voulait point dire, comme l'ont cru à tort beaucoup de nos vieux romanistes, qu'il instituait une compensation légale pouvant s'accomplir même à l'insu des parties [4], mais simplement, suivant l'opinion de la plupart des auteurs modernes [5], que, désormais, le défendeur n'aurait pas besoin, pour invoquer la compensation, d'opposer l'exception de dol [6].

Les glossateurs ne sont pas d'accord sur la façon dont il convient d'interpréter les mots *ipso jure*. Martinus Gosia pense que la compensation s'opère sans qu'il soit besoin d'un acte quelconque de l'homme et par cela même que le créancier devient débiteur de son propre débiteur [7]. Selon Johannes Bassianus et Azo, son disciple, pour que la compensation ait lieu, il est nécessaire qu'elle soit opposée; mais, quand il en

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 910, p. 1106 *in fine* et p. 1107; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 691, et 3e édit., p. 702. — V. aussi Lair, *op. cit.*, p. 18; Desjardins, *op. cit.*, p. 41 *in fine*.

(2) V. Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 691 *in fine* et p. 692, et 3e édit., p. 702. — V. pour les détails sur la portée du rescrit de Marc-Aurèle, Appleton, *op. cit.*, p. 264-408.

(3) L. 14, C., *De compens.*, IV, 31,

(4) V. Appleton, *op. cit.*, p. 442-446. — Si Justinien avait donné à sa réforme une pareille portée, il n'aurait pas recueilli dans le Digeste les textes de l'époque classique qui supposent l'existence du système contraire. Appleton, *op. cit.*, p. 452-453; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 694, et 3e édit., p. 704.

(5) V. notamment, Ortolan, *op. cit.*, III, p. 2199; Demangeat, *op. cit.*, II, p. 716; Accarias, *op. cit.*, II, n. 912, p. 1110 *in fine*, p. 1111-1113; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 694, note 6, et 3e édit., p. 704, note 6; Desjardins, *op. cit.*, n. XXXVI, p. 152-154.

(6) V. pour les nombreux systèmes élaborés sur ce point, Appleton, *op. cit.*, p. 428-488.

(7) V. le *Casus* de la glose sur L. 4, C., *De compens.* : *Nota per Martinum quod ipso jure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine.*

est ainsi, elle est considérée comme remontant au moment de la coexistence des deux dettes [1]. Elle s'opère alors de plein droit « en ce sens, dit M. Appleton, que ce n'est pas la déclaration de volonté du défendeur qui produit cet effet; elle constitue seulement la condition indispensable pour que cet effet se produise. Cette théorie implique nécessairement que, à partir de l'instant où elles sont devenues exigibles, l'existence des deux créances a été en suspens; elles seront réputées avoir été éteintes rétroactivement si la compensation est opposée par la partie et admise par le juge ; sinon les deux créances n'auront jamais cessé d'exister. La rétroactivité qu'admettent les partisans de ce système doit en effet forcément mener à supposer un état d'incertitude, dont la nature est plus tard déterminée par la rétroactivité de la compensation » [2]. La plupart des glossateurs adoptèrent cette dernière opinion. Accurse la reproduisit dans la grande glose. Mais quelques-uns des dissidents méritent qu'on note leur avis. Bartole estime que les mots *ipso jure* signifient *sine facto judicis* et que, par conséquent, une déclaration extrajudiciaire du débiteur suffit pour que la compensation ait lieu [3]. « De là, dit Dernburg, une théorie qu'on peut formuler ainsi : La compensation s'opère depuis la déclaration du débiteur et non pas seulement à partir du jugement qui la reconnaît » [4]. Tyndarus revient au système absolu de Martinus.

Au XVIe siècle, la controverse dure encore : Alciat enseigne que la compensation a lieu par la force même de la loi : « *Compensatio ipso jure tollit debitum..... exceptionisque objectio nil aliud est quam nuda declaratio per quam detegitur actori satisfactum esse...* » [5]. Cujas soutient la même doctrine : « *Compensatio fit ipso jure, ut si tibi debeam* C, *tu mihi* LX, *ipso jure non debeo nisi* XL » [6]. D'après lui, si

(1) *Summa* Azonis, *h. tit.*, § 13.

(2) Appleton, *op. cit.*, p. 467 *in fine* et p. 468.

(3) Ad L. 4, D., *De compens.*

(4) Cité par Appleton, *op. cit.*, p. 459.

(5) Ad L. 5, C., *De edendo* (édit. de Francfort, 1617, III, col. 75 *in fine*).

(6) *Observ.*, liv. VIII, cap. 16. — Cpr. *Observ.*, liv. XV, cap. 1 ; *Quæst. Pap.*, ad L. 16, D., *De compens.*

le débiteur néglige de se prévaloir de la compensation, le juge doit la prononcer d'office [1]. Telle est aussi l'opinion de Dumoulin [2].

On rencontra encore, il est vrai, quelques partisans de la doctrine de Johannes Bassianus et d'Azo, notamment Doneau, qui la développa. D'après lui : « *Compensatio... pro solutione est : sed ita si prius admissa sit jure adversus eum qui quod sibi debetur petere instituat* » [3]. S'il est vrai de dire que la compensation s'opère *ipso jure*, c'est seulement en ce sens qu'elle peut être opposée en tout état de cause et même contre l'exécution du jugement [4]. Il ne faut donc pas interpréter les mots *ipso jure* en ce sens qu'elle pourrait s'accomplir à l'insu des parties. Toutefois elle est considérée comme ayant réalisé un paiement dès l'instant où on aurait pu l'opposer, c'est-à-dire dès l'instant où les deux dettes ont coexisté [5].

Mais les défenseurs de l'opinion de Martinus furent de plus en plus nombreux. L'autorité de Cujas entraîna presque tous les commentateurs du XVIIe et du XVIIIe siècles [6].

La jurisprudence des Parlements du midi suivit le mouvement [7].

Quant aux pays de droit coutumier, ils repoussèrent la compensation pendant plusieurs siècles. Longtemps, en effet, ils appliquèrent la règle que Loysel formule en cette maxime :

(1) Ad L. 67, § 3, D., *De leg.*, 2°.

(2) *Comment. in* liv. IV, C., tit. XXXI.

(3) *De jure civili*, lib. XVI, cap. XV, n. 2 (édit. de 1764, IV, col. 840).

(4) *Eod.*, n. XXXVIII, même vol., col. 864 et 865.

(5) *Eod.*, n. XXXIX, même vol., col. 866. — V. sur le système de Doneau, Desjardins, *op. cit.*, n. XLIX, p. 198; Saleilles, *op. cit.*, p. 44, n. 59 et Appleton, *op. cit.*, p. 468-470. — V. sur le système de Brinz, qui est un ingénieux développement de celui de Doneau, Appleton, *op. cit.*, p. 470 *in fine*-472.

(6) Noodt, ad tit. *De compens.;* Voet, ad tit. *De compens.;* Charondas, *Pand. du dr. fr.*, liv. II, chap. XXXIX; Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. IV, tit. II, sect. I, n. 4 (édit. Rémy, II, p. 248); Pothier, ad tit. *De compens.;* Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Papier-monnaie*, § 4, IV, p. 603, col. 1 *in fine* et p. 604. — Vinnius est un des très rares interprètes qui défendaient encore la doctrine d'Azo et de Doneau, ad § *bonæ fidei*, aux Instit. et *Selectæ juris quæstiones*, lib. I, cap. 50.

(7) Cependant à la fin du XVIIe siècle encore, le Parlement de Bordeaux, celui de Toulouse et celui d'Aix se prononcèrent en sens contraire. — V. Desjardins, *op. cit.*, p. 277-278.

« Une dette n'empêche pas l'autre » (1). « C'est-à-dire — suivant l'explication d'Eusèbe de Laurière — que celui qui doit une somme est obligé de la payer à son créancier qui le poursuit, quoique son créancier lui doive une autre semblable somme. En un mot, cette règle signifie qu'en dettes mutuelles ou réciproques, chacune des parties doit poursuivre le paiement de ce qui lui est dû, sans pouvoir l'une ni l'autre user de *reconvention*, ni opposer la *compensation* ». Si la compensation ne pénétra qu'aussi tard dans nos provinces coutumières, cela s'explique par l'opposition qu'elle rencontra de la part des seigneurs. Ceux-ci avaient intérêt à l'exclure, car la prorogation de juridiction qu'elle eût entraînée aurait porté atteinte à leur souveraineté et aurait diminué leurs revenus (2).

Mais, à l'époque où Loysel écrivait, il y avait déjà longtemps que la solution contraire prédominait; aussi, dit-il lui-même, dans la maxime qui suit immédiatement celle reproduite plus haut : « Compensation n'a lieu, si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit » (3).

Au point de vue de notre matière, les coutumes peuvent se diviser en trois classes : certaines admettaient formellement la compensation. En tête de ces coutumes, nous devons citer celle de Paris. L'art. 74 de l'ancienne rédaction (1510) portait : « Compensation n'a point de lieu, sinon d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide ». L'art. 105 de la novelle (1580) était ainsi conçu : « Compensation a lieu d'une dette claire et liquide, à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement ». Suivant la remarque de M. Desjardins : « Le changement de tournure indique un progrès : en 1580, on n'avait plus besoin de commencer par la prohibition, pour y déroger immédiatement » (4).

On trouve une disposition analogue dans plusieurs autres

(1) *Institutes coutumières*, liv. V, tit. II, n. 3 (édit. Dupin et Laboulaye, II, p. 115).

(2) V. Desjardins, *op. cit.*, n. LXVII, p. 240-246.

(3) Même édit., *loc. cit.*

(4) Desjardins, *op. cit.*, n. LXXVI, p. 268.

coutumes, notamment dans celles d'Etampes, art. 68, de Dourdan, art. 56, de Reims, art. 397, de la Marche, art. 100, dans la nouvelle coutume de Bourbonnais, art. 37, dans les chartres du Hainaut, chap. 113, art. 1.

Toutefois, même sous l'empire de ces coutumes, il fallait, pour être admis à opposer la compensation, obtenir des lettres royaux : « Moribus Galliæ — dit Cujas — non fit ipso jure, sed ex rescripto principis nominatim, *par lettres de chancellerie* » (1). Cependant, cette formalité n'était pas exigée devant les justices inférieures, et le Parlement de Paris lui-même finit par en dispenser les parties (2). Il est évident qu'elle n'avait pas raison d'être. Comme le dit Claude de Ferrière : « La compensation n'est pas une grâce, mais un expédient fondé sur la disposition de droit et autorisé par notre coutume : *Frustra a principe impetratur quod a lege conceditur* » (3).

Les coutumes que nous rangeons dans la deuxième classe proscrivaient expressément la compensation. Elles étaient fort peu nombreuses. Nous placerons en tête celle de l'échevinage de Tournay, qui disait en termes absolus : « Es cours layes de ladite ville, reconvention n'a lieu, ny aussi compensation » (Chap. XXVII, art. 1). La coutume de Bailleul posait le même principe, auquel toutefois elle apportait une exception : « Reconvention ni compensation, disait-elle n'ont point de lieu, si ce n'était que les deux prétentions fussent dépendantes l'une de l'autre, ou qu'elles vinssent d'une même source et sujet » (Rubrique XX, art. 5). Celle de Lille formulait la même règle, mais en admettant une double dérogation : « Reconvention ne compensation n'a lieu, n'est en matière d'injures, réfections de maison, et intérest pour département de louage » (Chap. X, art. 6). Patou, dans son commentaire de cette dernière coutume, regrette qu'elle ren-

(1) *Quæst. Pap.*, ad l. XVI, D., *De comp.*

(2) Claude de Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, art. 105, n. 31 (2e édit., Paris, 1714, II, col. 98). — Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Compens.*, édit. 1779, II, p. 307; Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Compens*, n. 46. — V. pour l'historique de cette question spéciale, Desjardins, *op. cit.*, p. 269-272.

(3) *Op.* et *loc. cit.*

ferme une pareille règle : « Il y a même, dit-il, une espèce de dol de demander ce qu'on doit restituer (1)... Convenons donc que notre coutume, qui est contraire au droit romain sur ce point, est très rigoureuse et qu'elle résiste à une équité manifeste » (2). Et il nous apprend qu'en pratique on avait apporté un tempérament à cette disposition : « Selon nos usages, on est reçu à en purger la rigueur au moyen de lettres royaux » (3). Au surplus, outre les deux cas exceptionnels mentionnés par la coutume de Lille, il admet celui où la somme qu'il s'agit de compenser « procède de la même source et est fondée sur la même cause et sur le même contrat que la somme demandée » (4).

Enfin les coutumes qui rentraient dans la troisième classe et qui étaient les plus nombreuses, étaient muettes sur la compensation. Parmi ces coutumes figuraient celles d'Anjou, de Senlis, de Bresse, de Berry, de Bourgogne, de Blois, de Picardie, d'Artois et de Flandre (5). Cependant, sous la double influence du droit romain et de la coutume de Paris, il fut admis qu'on pourrait opposer la compensation sous l'empire de ces dernières coutumes, mais à la condition d'obtenir des lettres royaux, ce qui était nécessaire devant toutes les justices (6).

Mais quelle était dans les provinces coutumières la nature de la compensation ? Comment celle-ci s'opérait-elle ? Etait-elle judiciaire ou légale ? La doctrine de Cujas prévalut sous l'empire de la plupart des coutumes. En 1650, il est vrai, Jean Vigier enseigne encore « qu'en France la compensation n'a lieu si elle n'est demandée » (7). Mais Domat, Pothier et presque tous les commentateurs du droit coutumier se prononcent en sens contraire (8). Pothier, sans doute, reconnaît

(1) Sur l'art. 6, gl. 1, n. 5.

(2) *Eod.*, n. 4.

(3) *Eod.*, n. 5.

(4) Sur le même article, gl. 2, n. 19.

(5) Adde l'ancienne Cout. de Bourbonnais. — La Cout. de Bretagne disait simplement : « En injures verbales y a compensation, si l'une injure est aussi grande que l'autre ». *Anc. cout.*, art. 632 ; *Nouv. cout.*, art. 673.

(6) Claude de Ferrière, *op.* et *loc. cit.*

(7) Sur l'art. 61 des cout. du pays d'Aunis, de la Rochelle et d'Angoulême.

(8) Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. IV, sect. I, n. 4 (édit. Rémy, II, p. 248) ;

qu'en pratique il faut invoquer la compensation en justice; mais, comme il l'explique fort bien : « Je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite; de même que lorsque quelqu'un me demande une dette que j'ai payée, je suis obligé, pour instruire le juge, d'opposer et de rapporter les quittances » (1).

En général, quand la possibilité d'invoquer la compensation est subordonnée à l'obtention de lettres royaux, cette formalité n'empêche point que la compensation soit légale; car « ces lettres, dit Ferrière, ne sont qu'une formalité que l'usage a introduite pour l'utilité du Sceau, la compensation se faisant *ipso jure* » (2). Cependant, sous l'empire des coutumes qui la repoussent expressément, la compensation, lorsqu'elle est reçue en vertu des lettres royaux, est simplement judiciaire (3).

Mais ces coutumes, nous le savons, étaient l'exception, et par conséquent, il est vrai de dire que la compensation légale avait prévalu aussi bien dans le droit coutumier que dans le droit écrit. On s'explique donc facilement que les auteurs du Code civil n'aient pas hésité à l'adopter.

Quoi qu'il en soit, si la compensation légale a été admise, c'est, comme on l'a vu plus haut, par suite d'une erreur d'interprétation.

1805. L'historique de notre matière nous a montré deux formes de compensation : la compensation judiciaire et la compensation légale. Etant donné le but poursuivi, quelle est celle qui est préférable? Il semble bien que, tout considéré, la comparaison tourne en faveur de la compensation judiciaire. Aussi bien que la compensation légale, elle empê-

Pothier, *Oblig.*, n. 635 (édit. Dupin, I, p. 380-382); Brodeau, sur l'art. 105 de la cout. de Paris; Duplessis, sur l'art. 105 de la cout. de Paris; Buridan, sur l'art. 397 de la cout. de Reims, n. 1; Auroux des Pommiers, sur l'art. 37 de la cout. de Bourbonnais, n. 4; Bourjon, *Dr. commun de la France*, liv. VI, tit. VII, 1re part., chap. II, sect. III, n. 29, 30 et 32; Robinet, *Dict. univ. raisonné de justice*, vo *Compens.*

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 635, al. 8. — V. aussi Claude-Joseph de Ferrière, *op.* et vo *cit.*

(2) Claude de Ferrière, *loc. cit.*

(3) Sur l'art. 6 de la cout. de Lille, gl. 1, n. 21 et 22.

che que l'une des partie ne subisse les conséquences de l'insolvabilité de l'autre. Mais, à deux points de vue, elle est supérieure. La compensation légale est un procédé mécanique. Elle fait abstraction soit de la volonté effective des intéressés, soit de l'appréciation du juge. Elle agit à l'aveugle, et, comme on a dit justement, d'une façon brutale. Il en est autrement de la compensation judiciaire. Il faut d'abord que l'une des parties la demande; il faut ensuite que le juge la prononce, or il ne le fait que suivant les circonstances.

Une autre supériorité de la compensation judiciaire consiste dans sa souplesse. Cette compensation, en effet, est possible dans des cas où certaines conditions de la compensation légale font défaut, et elle permet de tenir compte plus largement des exigences de l'équité (1).

La compensation légale, il est vrai, l'a emporté dans les législations modernes. Elle est consacrée notamment par la plupart des codes civils qui ont été élaborés dans la seconde moitié du dernier siècle (2). Nous citerons celui du Chili (art. 1656, al. 1), celui de l'Italie (art. 1286), celui du Portugal (art. 768). Nous citerons encore le Code civil mexicain (art. 1578), le Code civil argentin (art. 818) et le Code civil espagnol (art. 1202) (3).

Mais le triomphe de la compensation légale n'est point complet, et on peut douter qu'il soit définitif. D'abord, comme nous le verrons bientôt, si les législateurs les plus récents n'ont pas admis la compensation judiciaire, ils ont néanmoins rejeté la compensation légale. De plus, — et cette constatation est bien de nature à faire réfléchir — les Anglais, dont le sens pratique est si développé et qui excellent à reconnaître la valeur économique des institutions, ont préféré la compensation judiciaire. Elle a été introduite chez eux par des statuts (4) : « Le droit civil anglais, dit M. Glasson, ne connaît pas la compensation légale; en d'autres termes,

(1) Lair, *op. cit.*, p. XVI-XVIII.
(2) V. pour les codes civils antérieurs, Lair, *op. cit.*, p. XVIII-XIX.
(3) *Adde* C. civ. des trib. mixtes d'Egypte, art. 256.
(4) St. 2 Geo. II, ch. XXII, § 13. — St. 8, Geo. II, ch. XXIV, § 4.

la compensation n'a pas lieu de plein droit; il faut qu'elle soit invoquée par la partie poursuivie » (1).

Toutefois il est notable que chacun des deux systèmes n'a passé dans le domaine législatif qu'avec des tempéraments résultant de solutions empruntées au système opposé. D'une part, en droit romain, bien que la compensation soit judiciaire, ses effets remontent à la coexistence des deux dettes. D'autre part et en sens inverse, chez nous, la disposition de l'art. 1295 (2) et surtout celle de l'art. 1299 (3) ne cadrent certainement pas avec le principe de la compensation légale : « Les deux législations, dit Paul Gide, bien que partant de points diamétralement opposés, semblent converger vers un centre commun où l'équité les attire. Ainsi, l'on n'a pu parvenir encore à une théorie qui satisfît pleinement aux besoins de l'équité et aux exigences de la logique, et la formule définitive de la compensation est encore à trouver » (4).

1806. Quelques législations modernes, sans d'ailleurs revenir au système de la compensation judiciaire (5), n'admettent pas que les dettes réciproques s'entredétruisent par cela seul qu'elles coexistent et qu'elles réunissent certaines conditions. D'après ces législations, la compensation n'a lieu que si l'une des parties déclare à l'autre que telle est sa volonté. La compensation, en effet, vaut paiement; or, il ne saurait y avoir paiement contre le gré et à l'insu du *solvens*.

La déclaration exigée pour la compensation est simplement unilatérale; elle peut être faite avant toute poursuite, et, par conséquent, il ne faut pas la confondre avec l'*exceptio doli*, qui, dans le droit romain classique, servait, comme nous l'avons dit, à invoquer la compensation (6).

(1) Glasson, *Hist. du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, VI, p. 383. — V. aussi Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* (2e édit., Paris, 1856), II, p. 262, n. 647; Lehr, *Eléments de dr. civ. anglais*, n. 820-821, p. 580-581.

(2) V. *infra*, n. 1876.

(3) V. *infra*, n. 1872.

(4) Faculté de droit de Paris, *Rapport sur le concours de 1860* (sujet : *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*), passage cité par Lair, *op. cit.*, p. xx.

(5) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 11, n. 55 et p. 58, n. 70.

(6) V. Saleilles, *loc. cit.*

Toutefois les deux dettes sont réputées avoir été éteintes du jour même où elles ont été compensables : « Ceci s'explique, dit M. Saleilles, par cette idée que de ce jour, en effet, les deux dettes se sont paralysées réciproquement et que la déclaration de paiement ne fait qu'accepter une situation déjà acquise et reconnaître par suite une libération antérieure plutôt qu'opérer un paiement actuel, ce qui aura une grande importance, au point de vue, par exemple, du cours des intérêts » (1).

La déclaration agit donc rétroactivement, de sorte qu'en définitive les effets de la compensation datent du même instant que dans la législation française (2).

Ce système, dont l'idée première se trouve dans la théorie d'Azo et de Doneau (3), a été consacré par le Code fédéral des obligations (4), puis par le Code civil pour l'empire d'Allemagne (5) et par le Code civil japonais (6).

Il s'explique par cette idée générale que les auteurs des codes précités ont voulu écarter l'intervention du juge toutes les fois qu'elle n'est pas indispensable. Nous avons trouvé une autre preuve de cette tendance dans la façon dont les mêmes législateurs ont réglementé la résolution des contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécute pas ses obligations. Ils font dépendre, en effet, cette résolu-

(1) V. Saleilles, *op. cit.*, n. 55 *in fine*.

(2) V. Virgile Rossel, *Man. du dr. fédér. des oblig.*, p. 184, n. 159, al. 2.

(3) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 44, n. 59 ; Appleton, *op. cit.*, p. 468. — V. *supra*, n. 1804.

(4) « La compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention d'user du droit de l'opposer. Les deux dettes sont alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant de la plus petite, depuis l'instant où elles étaient susceptibles de se compenser ». Art. 138, al. 1. — V. Virgile Rossel, *op. cit.*, n. 158-159, p. 182 *in fine*, p. 183-184.

(5) « La compensation s'opère par une déclaration adressée à l'autre partie. Cette déclaration est inefficace si elle est faite sous une condition ou avec un terme ». Art. 388. — « La compensation a cet effet que les créances, en tant qu'elles se couvrent, sont réputées éteintes à partir du moment où elles ont été, l'une par rapport à l'autre, susceptibles de compensation ». Art. 389.

(6) « La compensation s'opère au moyen d'une déclaration de volonté adressée par l'une des parties à l'autre. Toutefois cette déclaration de volonté ne peut être affectée d'une condition ou d'un terme. — La déclaration de volonté dont il est parlé à l'alinéa précédent rétroagit au moment où les deux dettes se sont trouvées susceptibles de se compenser réciproquement ». Art. 506 (trad. Motono et Tomii, p. 123).

tion de la seule volonté du créancier, et, par conséquent, ils excluent le pouvoir d'appréciation des tribunaux ([1]).

Quant à la disposition par laquelle ils déclarent que la compensation est censée remonter à l'époque où les deux dettes sont devenues compensables, elle est d'autant plus remarquable qu'ils repoussent, au contraire, la rétroactivité en ce qui concerne la condition accomplie ([2]). Il est vrai que le Code civil allemand et que le Code civil japonais l'admettent, quant à l'effet du choix, en matière d'obligation alternative ([3]), et que le premier de ces codes l'admet encore, quant à l'adhésion du créancier, au cas de cession de dette ([4]).

Toujours est-il que si notre législateur n'a pas été conséquent avec le principe de la compensation légale, lorsqu'il a écrit certaines dispositions, et surtout celle de l'art. 1299 *in fine*, les auteurs des trois codes dont nous venons de parler se sont montrés tout aussi peu logiques en faisant rétroagir la compensation opérée par déclaration unilatérale de volonté.

1807. Les interprètes du droit français distinguent la compensation légale, la compensation facultative et la compensation reconventionnelle.

La première est celle qui s'opère de plein droit, dès que les deux créances réciproques réunissent certaines conditions requises par la loi à cet effet.

La deuxième est celle que l'une des parties a la faculté de produire en levant l'obstacle qui, dans son intérêt seulement, empêche la compensation de plein droit.

Enfin la troisième est celle qui s'opère quand le juge, sur la reconvention formée par le défendeur, a liquidé la créance qui appartenait à celui-ci contre le demandeur et l'a rendue ainsi compensable.

Le Code civil ne parle que de la compensation légale. Quel-

[1] V. notre tome II, n. 900. — *Adde* C. civ. japon., art. 541-543, trad. Motono et Tomii, p. 131-132.

[2] V. notre tome II, n. 809 (compléter avec les *addenda*).

[3] V. C. civ. allem., art. 263, al. 2, et C. civ. japon., art. 411. — V. aussi notre tome II, n. 1074.

[4] V. *supra*, n. 1764, p. 82 *in fine*.

ques auteurs prétendent que le second alinéa de l'art. 1291 et que l'art. 1296 visent des cas de compensation facultative ; mais c'est inexact, comme nous le montrerons dans la suite [1].

Nous traiterons successivement des trois sortes de compensation.

§ I. *De la compensation légale.*

1808. La compensation légale, la seule, nous l'avons dit, dont le législateur s'occupe dans notre section, est celle qui a lieu de plein droit, en vertu des dispositions de la loi : « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre,* dit l'art. 1289, *il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés* ».

Nous étudierons successivement les points suivants : 1° des conditions requises pour la compensation légale ; 2° des créances qui, à raison de la faveur qu'elles méritent, sont exceptées de la règle de la compensation légale ; 3° comment s'opère cette compensation et quels sont ses effets ; 4° de la renonciation à la compensation légale.

I. *Des conditions requises pour la compensation légale.*

1809. Aux termes de l'art. 1291, al. 1 : « *La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles* ».

Ainsi, d'après ce texte, trois conditions sont nécessaires : 1° les deux dettes à compenser doivent avoir pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ; 2° elles doivent être liquides ; 3° elles doivent être exigibles.

Mais il faut, en outre : 4° que le droit de chacun des deux créanciers soit saisissable ; 5° que chacune des parties soit personnellement et principalement créancière de l'une des obligations et débitrice de l'autre.

Nous allons traiter de ces diverses conditions. Nous com-

[1] V *infra*, n. 1823, al. 2, et n. 1845.

mencerons par celle que nous avons mentionnée en dernier lieu; puis nous examinerons les autres dans l'ordre indiqué.

A. *Réciprocité des deux obligations.*

1810. Il faut que chacune des parties soit personnellement et principalement créancière de l'une des deux obligations et débitrice de l'autre. Le législateur n'exige pas cette condition d'une façon précise; mais elle résulte des termes de l'art. 1289 combinés avec la disposition de l'art. 1294, al. 2. Le premier de ces textes dit que la compensation légale s'opère lorsque deux personnes « se trouvent débitrices l'une envers l'autre », et le second interdit au débiteur principal d'opposer en compensation ce que le créancier doit à la caution (1).

La créance personnelle de l'administrateur du patrimoine d'autrui n'est donc pas légalement compensable avec la créance qui appartient au débiteur de cet administrateur contre la personne dont ce dernier gère les biens. C'est ainsi que la compensation légale ne saurait avoir lieu entre la dette dont je suis tenu envers un tuteur et celle dont le pupille de ce tuteur est tenu envers moi, car je ne suis pas débiteur et créancier de la même personne (2). C'est ainsi encore que la dette d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ne saurait se compenser légalement avec la créance que l'héritier bénéficiaire a contre le créancier de la succession (3). La solution est la même pour les situations inverses (4).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 229, texte et note 20, et 5e édit., p. 380 *in fine*, et p. 381, texte et note 20. — V. aussi Larombière, V, p. 118 (art. 1291, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 546-547; Desjardins, *op. cit.*, n. CVII, p. 360 *in fine* s.; Laurent, XVIII, n. 419; Huc, VIII, n. 144. — Civ. rej., 5 novembre 1901, D. P., 1902, 1. 92, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 601. — V. aussi Pau, 21 mai 1894, S., 94. 2. 277, D. P., 98. 2. 241. — Cpr. Toullier, VII, n. 375; Duranton, XII, n. 413; Zachariæ, § 326, texte et note 8.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 630 (édit. Dupin, I, p. 377); Toullier, VII, n. 375; Duranton, XII, n. 414; Marcadé, IV, n. 816, al. 2; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 230, note 21 et 5e édit., p. 382, note 21; Larombière, V, p. 119 (art. 1291, n. 3); Demolombe, XXVIII, n. 561; Desjardins, *op. cit.*, n. CVII, p. 362; Laurent, XVIII, n. 421; Huc, VIII, n. 144, p. 186. — Toulouse, 21 juin 1832, S., 32. 2. 494, D. P., 32. 2. 195.

(3) Marcadé, Desjardins, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 381, note 20 *bis*.

(4) Larombière, *loc. cit.* — Civ. cass., 11 mars 1902 (père administrateur légal), *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 585.

1811. Le même principe conduit à décider que la compensation légale n'est pas davantage admise lorsqu'une société commerciale est créancière ou débitrice d'un tiers et que celui-ci est débiteur ou créancier de l'un des associés. Une société commerciale, en effet, constitue une personne morale distincte de la personne des associés considérés individuellement [1].

Quand il s'agit d'une société civile, la solution dépend évidemment du parti que l'on prend dans la controverse relative au point de savoir si une société de cette dernière nature forme, elle aussi, une personne morale [2].

1812. Lorsque deux époux sont communs en biens, la compensation légale s'opère entre la créance personnelle du mari et celle que le débiteur de celui-ci a contre la femme, si la dette de cette dernière est une de celles qui, tombant dans la communauté, sont devenues dettes du mari. Mais, lorsque deux époux sont séparés de biens, soit contractuellement, soit judiciairement, une pareille compensation est impossible, chacun des époux conservant alors la propriété distincte de ses biens [3].

Comment faut-il résoudre cette question pour le cas de régime dotal ? Quant aux intérêts dotaux, le mari, lorsqu'ils sont dus par son créancier, peut certainement invoquer la compensation, car ces intérêts lui sont dus, à lui personnellement [4]. Mais, selon nous, il n'a pas le même droit relati-

(1) Troplong, *Sociétés*, n. 79; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 230, texte et note 22, 5e édit., p. 382, texte et note 22; Larombière, V, p. 121 (art. 1291, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 566; Desjardins, *loc. cit.*; Laurent, XVIII, n. 430. — Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 286, et *Tr. de dr. comm.*, II, n. 90 et 105; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 307; Planiol, II, 1re édit., n. 596, et 2e édit., n. 569. — Civ. cass., 14 mars 1860, D. P., 60. 1. 171. — Rouen, 26 janv. 1877, D. P., 77. 2. 90. — Req., 13 mai 1879, D. P., 80. 1. 29; 20 avril 1885, S., 85. 1. 295, D. P., 85. 1. 198. — Cpr. Civ. rej., 19 déc. 1853, S., 54. 1. 701, D. P., 54. 1. 25. — Il en est ainsi, même lorsque la société étant en nom collectif, les associés sont tenus solidairement des dettes de la société, car, dans ce cas, leur obligation est seulement subsidiaire. — Rouen, 26 janv. 1877 et Req., 13 mai 1879 et 20 avril 1885, précités.

(2) Voir l'exposé de cette controverse et les autorités en sens divers dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société...*, n. 11 s.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 630, al. 2 et 3. — Demolombe, XXVIII, n. 563; Laurent, XVIII, n. 422; Huc, VIII, n. 145.

(4) Bastia, 26 fév. 1855, S., 55. 2. 207, D. P., 55. 2. 304.

vement aux créances dotales. Celles-ci sont demeurées des créances personnelles de la femme. Cela résulte bien de la disposition de l'art. 1567, ainsi conçu : « Si la dot comprend des obligations ou constitutions de rente qui ont péri ou souffert des retranchements qu'on ne puisse imputer à la négligence du mari, il n'en sera point tenu, et il en sera quitte en restituant les contrats ». Du moment que, dans le cas prévu, le mari ne doit pas supporter la perte, c'est que les créances de la femme ne sont pas devenues ses créances personnelles. Il n'est donc pas fondé à les opposer en compensation à ses créanciers personnels (1).

Quant aux créances paraphernales de la femme, la question ne fait aucune difficulté : on s'accorde à reconnaître qu'il ne saurait y avoir compensation légale entre elles et les dettes dont le mari est tenu envers les débiteurs de la femme. Les biens paraphernaux sont, en effet, gouvernés par les règles de la séparation de biens (2).

Si l'on suppose des époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ou sous le régime d'exclusion de communauté, la solution, à notre avis, doit être la même. Arg. art. 1498, 1530-5° (3).

1813. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, le législateur a fait lui-même une application de notre principe dans l'art. 1294. Après avoir dit dans l'al. 1er de cet article : « *La caution* » *peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au* » *débiteur principal* », il ajoute dans l'al. 2 : « *Mais le débi-* » *teur principal ne peut opposer la compensation de ce que le* » *créancier doit à la caution* ». Le législateur entend par là qu'il ne saurait y avoir compensation légale entre la dette du débiteur principal et celle dont le créancier est tenu envers la caution. C'est qu'en effet, dans l'hypothèse, tandis que la

(1) *Sic* Lapeyrère, lettre C, n. 75, p. 54 ; Larombière, V, p. 119 *in fine*, 120 (art. 1291, n. 4) ; Demolombe, XXVIII, n. 564 ; Laurent, XVIII, n. 422 ; Huc, VIII, n. 145, p. 188 189. — Nîmes, 5 fév. 1860, S., 61. 2. 1. — *Contra* Duranton, XII, n. 415 ; Troplong, *Contrat de mariage*, IV, n. 3240 s.; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, II, n. 573. — Caen, 18 juillet 1854, S., 56. 2. 180, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2683.

(2) Bruxelles, 15 fév. 1834, *Pasicrisie*, 34. 2. 44.

(3) Larombière, *loc. cit.* ; Demolombe, XXVIII, n. 565.

personne qui a cautionné doit en sa qualité de caution, c'est en son propre nom qu'elle est créancière, et, par suite, les deux dettes dont il s'agit ne sont pas personnelles et principales. Disons, en outre, que l'équité se refuse à ce que le débiteur puisse forcer la caution à avancer les fonds lorsque le créancier s'attaque à lui; or c'est ce qu'il ferait d'une manière indirecte, s'il pouvait invoquer la compensation, car celle-ci, en définitive, est un paiement (1).

1814. Mais il n'est pas douteux que, si la caution est poursuivie par le créancier, elle peut lui opposer la compensation de ce qu'il lui doit à elle-même, car, en usant de cette faculté, elle paie. Mais, en pareil cas, il y a compensation facultative, et non pas compensation légale, et, en conséquence, l'effet extinctif ne se produit que du jour où la compensation a été opposée par la caution (2).

Si, après s'être ainsi vu opposer la compensation par la caution, le créancier s'avise de se retourner contre le débiteur principal, celui-ci peut certainement le repousser en invoquant lui-même la compensation que la caution a opposée; car la compensation étant un paiement, la situation est la même que si le créancier avait été payé par la caution, et il n'a pas le droit de se faire payer une seconde fois. Sauf, bien entendu, le recours de la caution contre le débiteur (3).

1815. Quand plusieurs personnes ont cautionné le même débiteur, les règles que nous venons d'exposer leur sont applicables entre elles. L'une de ces cautions ne pourrait donc pas opposer en compensation au créancier ce que ce dernier doit à un autre des cofidéjusseurs; mais, lorsque la caution

(1) Dans l'*Exposé des motifs*, Bigot-Préameneu dit : « L'action relative à ce que le créancier doit à la caution ne peut appartenir qu'à la caution elle-même, et la circonstance du cautionnement ne donne à cet égard aucun droit au débiteur principal contre le créancier ». Fenet, XIII, p. 283; Locré, XII, p. 385 *in fine*, et p. 386, n. 164, al. 2.

(2) Duranton, XII, n. 425; Colmet de Santerre, V, n. 246 *bis*-II; Mourlon, II, n. 1455; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 230, note 23, et 5e édit., p. 382-383, note 23; Larombière, V, p. 195 (art. 1294, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 551; Laurent, XVIII, n. 424; Huc, VIII, n. 163.

(3) Duranton, XII, n. 427; Mourlon, Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, V, p. 196 (art. 1294, n. 3); Laurent, XVIII, n. 425, Planiol, II, n. 2378.

qui était créancière, a opposé la compensation, les autres peuvent se prévaloir de celle-ci [1].

1816. Le troisième alinéa de l'art 1294 est ainsi conçu : « *Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur* ». En d'autres termes, le moyen tiré de la compensation est personnel. Nous avons suffisamment parlé de cette disposition dans l'étude que nous avons faite de la solidarité passive. Aussi renvoyons-nous à nos précédentes explications.

Rappelons simplement que, d'après nous, un débiteur solidaire ne peut même pas invoquer la compensation pour la part que le codébiteur, créancier du créancier commun, doit supporter définitivement dans la dette ; qu'en un mot, le moyen tiré de la compensation est *purement* personnel [2].

Quant à la disposition du premier alinéa de l'art. 1294, nous la retrouverons lorsque nous traiterons des effets de la compensation légale [3].

1817. La partie qui a été condamnée aux dépens avec distraction au profit de l'avoué adverse n'a pas le droit d'opposer en compensation à celui-ci les sommes à elle dues par l'autre partie [4]. Le motif, c'est que, dans le cas prévu, la créance des dépens a toujours appartenu à cet avoué et jamais à son client : « Considérant, dit la cour de Paris, que la distraction des dépens autorisée par l'art. 133 C. pr., en faveur de l'avoué qui affirme avoir fait la plus grande partie des avances, constitue à son profit une créance propre et personnelle ; qu'aussi

(1) Demolombe, XXVIII, n. 552.

(2) V. notre tome II, n. 1249 et 1250.

(3) V. *infra*, n. 1864-1865.

(4) *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Distract. des dép.* ; Boncenne, *Th. de la proc. civ.*, II, p. 570 ; Chauveau sur Carré, quest. 568 ; Chauveau, *Comm. du tarif*, I, n. 75 ; Boucher d'Argis, *Dictionn. de la taxe*, v° *Distract. des dép.*, p. 126 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 231, et 5e édit., p. 383 ; Larombière, V, p. 123 (art. 1291, n. 8) ; Demolombe, XXVIII, n. 560 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CIX, p. 374 *in fine*-376 ; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de procéd.*, 1re édit., III, § 504, p. 381 *in fine*, et 2e édit., III, § 1211, p. 702. — Req., 11 décembre 1834, S., 34. 1. 937, D., *Répert. alph.*, v° *Frais et dépens*, n. 137. — Limoges, 20 mai 1844, S., 45. 2. 559. — Paris, 15 décembre 1855, S., 56. 2. 225, D. P., 56. 2. 1 ; 2 août 1860, S., 60. 2. 480, D., *Suppl. au répert. alph.*, v° *Frais et dépens*, n. 116. — Besançon, 23 février 1872, D. P., 73. 5. 274. — V. aussi Paris, 11 mars 1811, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2674. — *Contra* Demiau, *Procédure*, p. 117 ; Laurent, XVIII, n. 436.

la taxe est poursuivie et l'exécutoire délivré en son nom ; que la loi a eu en vue, dans un intérêt public, d'encourager les avoués à faire les dépenses nécessaires pour l'instruction des affaires qui concernent souvent des parties malheureuses et privées de ressources suffisantes pour soutenir leurs droits, en donnant à ces officiers ministériels une garantie de plus pour le remboursement de leurs avances ; — Que, par l'effet de la distraction, les avoués étant les véritables créanciers des frais qu'ils réclament, la partie condamnée ne peut leur opposer ni compensation, ni saisie-arrêt, ni aucun engagement antérieur de leurs clients, puisque *la créance dont il s'agit n'a jamais résidé sur la tête de ces derniers* » (1).

Déjà, sous l'empire de notre ancien droit, cette solution avait été admise par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la grand'chambre, du 19 mars 1738 (2). Pothier, tout en déclarant qu'elle était contraire aux principes (3), était

(1) Paris, 15 décembre 1855, précité. — V. aussi Limoges, 20 mai 1844, précité. — La cour de Paris ajoute, dans le même arrêt : « Que cette règle ne reçoit pas exception lorsque le jugement ou l'arrêt a ordonné qu'il sera fait masse des dépens à supporter dans des proportions déterminées, parce que l'avoué ne peut être obligé de subir les lenteurs et les difficultés de la liquidation de l'ensemble des dépens, et que, du moment où, porteur d'un exécutoire régulier, il ne réclame que la portion de dépens qui lui est due, il a droit d'en exiger le paiement de la partie condamnée, qui ne peut lui opposer aucune compensation directe ou indirecte ». — Mais la cour de Bordeaux a jugé en sens contraire : « Attendu que le privilège accordé à l'avoué par l'art. 133 C. pr. civ., et qui consiste à faire distraire à son profit la condamnation de dépens des autres condamnations prononcées en faveur de la partie, ne peut s'exercer que lorsqu'il reste à celle-ci des dépens à recouvrer, ce qui peut n'avoir pas lieu, lorsque les parties ont chacune à se faire raison respectivement des dépens mis en masse pour en supporter la moitié... Que le but de l'art. 133 C. pr., auquel il faut exclusivement s'attacher, sans remonter aux monuments de l'ancienne jurisprudence, a été de favoriser le louable zèle des avoués qui viennent en aide à des clients pauvres, en avançant les fonds nécessaires pour un procès ; mais que, lorsqu'il n'a été prononcé qu'une condamnation de dépens purement *négative*, il ne peut y avoir lieu à utiliser la distraction obtenue ». — 19 mars 1852, S., 52. 2. 420. — Dans ce dernier sens, Desjardins, *op. cit.*, p. 376.

(2) Cet arrêt est rapporté par Rousseaud de Lacombe, v° *Procureur « ad lites »*.

(3) « C'est un principe, disait-il, que celui qui est aux droits de quelqu'un, ne peut avoir plus de droit que celui aux droits duquel il est... De même donc que je n'eusse pu me dispenser de la compensation de la somme liquide, dont j'étais débiteur, dès avant la condamnation, envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi, de même mon procureur, qui, par la distraction qu'il a obtenue, ne fait qu'exercer mes droits, ne peut pareillement se dispenser de souffrir cette compensation. En vain opposerait-on que, la distraction ayant été prononcée par le

d'avis qu'elle devait prévaloir pour des raisons d'équité et d'intérêt public [1].

Aujourd'hui, elle ne saurait, croyons-nous, faire difficulté. Aux termes de l'art. 133 C. pr. : « Les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, *lors de la prononciation du jugement*, qu'ils ont fait la plus grande partie des avances. La distraction des dépens *ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera la condamnation :* dans ce cas, la taxe sera poursuivie et l'exécutoire délivré au nom de l'avoué, sans préjudice de l'action contre sa partie ». En disant que l'affirmation de l'avoué doit intervenir « lors de la prononciation du jugement » et que la distraction des dépens « ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera condamnation », le législateur montre suffisamment que la créance des dépens naît dans la personne de l'avoué distractionnaire. L'idée qui se dégage de la disposition précitée, c'est qu'il a entendu donner à cet avoué, quant au remboursement de

même jugement que la condamnation de dépens, cette condamnation n'a pas subsisté en ma personne, et n'a pu, par conséquent, souffrir la compensation de la somme dont j'étais débiteur envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi ; car *on ne peut disconvenir que la créance résultante de la condamnation de dépens prononcée envers moi, n'ait subsisté en ma personne, au moins pendant un instant de raison.* Or, la compensation se faisant *ipso jure, il suffit que cette créance ait subsisté en ma personne pendant un instant de raison, pour que la compensation se soit faite avec la somme dont j'étais débiteur.* Ces raisons paraissent très fortes et prises dans les principes ». *Tr. du contr. de mandat*, n. 13, al. 1 *in fine* (édit. Dupin, IV, p. 277 *in fine*, et p. 278).

[1] Après avoir signalé l'arrêt précité de la grand'chambre, Pothier ajoutait : « Cet arrêt est fondé sur une grande raison d'intérêt public qui doit prévaloir sur la subtilité du droit. Il est de l'intérêt public qu'un procureur, qui a été obligé de faire de grosses avances pour défendre une pauvre partie dans un procès qu'on lui faisait injustement, ait un recours assuré pour s'en faire rembourser par la partie qui a fait le procès injuste et qui a été condamnée aux dépens. Sans cela, les pauvres ne pourraient trouver de défenseurs qui voulussent faire pour eux les avances nécessaires pour leur faire rendre justice. La partie condamnée aux dépens, dont le procureur a obtenu la distraction, ne doit donc pas être reçue à priver, par des compensations, le procureur des avances qu'il a faites et de ses salaires. On doit feindre, en faveur de ce procureur, que la créance, résultante de la condamnation des dépens dont la distraction lui a été accordée, lui a passé directement sans avoir subsisté en la personne de sa partie, envers qui la condamnation est intervenue, et qu'en conséquence cette créance n'a pas souffert la compensation de ce qui était dû, par la partie, à celle qui a été condamnée aux dépens ». Même n., al. 2.

ses avances, la garantie la plus complète. En d'autres termes, la volonté du législateur a été de maintenir à la distraction tous les effets que l'ancienne jurisprudence lui avait reconnus [1].

1818. Lorsqu'un plaideur, auquel l'assistance judiciaire a été accordée, obtient gain de cause et que, par suite, son adversaire est condamné aux dépens, « la condamnation est prononcée et l'exécutoire est délivré au nom de l'administration de l'enregistrement et des domaines, qui en poursuit le recouvrement comme en matière d'enregistrement ». Ainsi s'exprime la loi du 22 janvier 1851, dans son art. 18, al. 1 [2]. La cour de Rouen, par un arrêt du 30 juin 1857, a décidé « que les dépens avancés par l'administration des domaines dans l'intérêt du plaideur qui a été appelé à jouir du bénéfice de l'assistance judiciaire ne sont pas la propriété de ce plaideur, mais constituent une créance propre et personnelle à cette administration... que, conséquemment, ils ne peuvent être la matière d'une compensation avec ce que le plaideur qui a gagné son procès peut devoir d'ailleurs à son adversaire » [3]. En un mot, la règle est ici la même que pour le cas de distraction des dépens [4].

1819. Dans les négociations de valeurs de bourse, la compensation ne saurait s'opérer entre le vendeur et l'acheteur. Cela résulte du rôle joué par les agents de change dans ces opérations. Quel est ce rôle ? « Attendu, dit la cour de cassation, que dans les négociations d'effets publics et autres valeurs à la Bourse, le vendeur et l'acheteur ne traitent pas personnellement ; que le contrat ne se forme que par et entre

[1] « Considérant, en droit, dit le tribunal de Rambouillet, dans un jugement confirmé par simple adoption des motifs, que sous la législation ancienne et ainsi que l'atteste Pothier dans son *Traité du mandat*, n. 137, il était de jurisprudence, notamment au Parlement de Paris, que la créance des dépens dont les procureurs pouvaient se faire adjuger la distraction, était censée n'avoir jamais résidé qu'en leur personne et non dans celle de leurs parties : qu'en maintenant le droit de distraction au profit des avoués, le législateur n'a fait que continuer les dispositions du droit ancien ; que, par l'art. 133 C. pr., il a rappelé les règles et conditions sous lesquelles, dans l'ancien droit, la distraction pouvait être obtenue ». Paris, 2 août 1860, précité.

[2] Cpr. art. 19.

[3] S., 58. 2. 348.

[4] Desjardins, *op. cit.*, n. CIX, p. 376 *in fine* et p. 377.

leurs agents de change respectifs, qui stipulent en leur nom pour le compte de leurs commettants et agissent comme le font habituellement les commissionnaires; que l'art. 19 de l'arrêté du 25 prairial an X fait même un devoir aux agents de change de garder le secret le plus inviolable aux parties qui les ont chargés de négociations; qu'il résulte de là que l'opération de bourse à laquelle ils se livrent ne fait naître d'obligations qu'entre eux; que le vendeur et l'acheteur ne peuvent avoir d'action directe l'un contre l'autre, mais seulement contre les agents de change qui seuls ont consommé le marché » (1). Et la cour suprême en conclut que la compensation est impossible entre le vendeur et l'acheteur (2). Cette proposition nous paraît incontestable, puisque la compensation suppose, aux termes de l'art. 1289, que deux personnes se trouvent « débitrices l'une envers l'autre » (3).

1820. D'après la jurisprudence, l'adjudicataire de meubles vendus publiquement, par le ministère d'un commissaire-priseur ou d'un huissier, ne saurait compenser le prix de la vente avec ce que lui doit le propriétaire des meubles vendus : « Attendu, dit la cour suprême, qu'aux termes de l'art. 1289 C. Nap., la compensation ne peut s'opérer qu'entre deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre ; — Attendu qu'il résulte de l'art. 625 C. pr., et des règles générales de leur institution, que les commissaires-priseurs et huissiers sont personnellement responsables du prix des adjudications faites par leur ministère ; que l'art. 625 s'applique plus particulièrement, il est vrai, aux ventes mobilières opérées à la suite de saisies-exécutions, mais qu'il doit s'étendre aussi aux ventes volontaires, surtout si, comme dans l'espèce, des créanciers du vendeur ont formé, entre les mains

(1) V. dans le même sens Pardessus, *Cours de dr. comm.*, I, n. 129; Mollot, *Bourses de comm.*, n. 225, 521 et 522; Buchère, *Tr. théor. et pr. des opérations de la bourse*, n. 78 et 668; Crépon, *De la négociation des effets publics et autres;* Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 1492, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 921; Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, 2e édit., n. 952. — Sect. civ. cass., 19 août 1823, S. chr., VII, 1. 315 et D. *Répert. alph.*, *Bourse de commerce*, n. 347. — Paris, 14 janv. 1848, S., 49. 2. 267, D. P., 48. 2. 14.

(2) Req., 3 mai 1887, S., 90. 1. 303, D. P., 87. 1. 195.

(3) Aubry et Rau, 5e édit., p. 383, note 24 *in fine*.

de l'officier public qui a procédé à la vente, opposition à la distribution des deniers en provenant, au préjudice de leurs droits; que la responsabilité qui pèse sur l'officier public et qui fait de lui un débiteur personnel du vendeur ou de ses créanciers et un *créancier direct des acquéreurs* écarte l'idée que celui qui achète une partie du mobilier puisse opposer la compensation entre le prix de son acquisition et ce que pouvait lui devoir antérieurement le vendeur » (1). Au point de vue théorique, il nous paraît impossible de justifier cette décision : de ce que, aux termes de l'art. 625 C. pr., les commissaires-priseurs et les huissiers sont personnellement responsables du prix des adjudications faites par leur ministère, il ne résulte point que l'acquéreur soit leur débiteur personnel; il n'y a pas de raison pour qu'il ne soit pas le débiteur du vendeur. Et ce qui le prouve bien, c'est qu'il ne pourrait certainement pas, s'il avait une créance contre le commissaire-priseur ou l'huissier, compenser son prix avec cette créance (2).

1821. Ainsi la première condition de la compensation légale se formule en ces termes : il est nécessaire que chacune des parties soit personnellement et principalement créancière de l'une des obligations et débitrice de l'autre.

Cette condition est la seule qui soit exigée quant aux personnes des deux débiteurs réciproques. La compensation se produirait donc, alors même que l'une des parties serait incapable de payer ou de recevoir ce qui lui est dû. La compensation, il est vrai, est un paiement, mais ce paiement, qui n'est d'ailleurs que fictif, est imposé par la loi (arg. art. 1290), et il est imposé à tous (3).

B. *Fongibilité.*

1822. Il faut que les deux obligations aient également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de

(1) Req., 6 nov. 1860, S., 61. 1. 15, D. P., 61. 1. 86. — *Adde* Nancy, 28 août 1869, S., 72. 2. 40, D. P., 71. 2. 211.

(2) Laurent, XVIII, n. 435; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 383, note 24.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 231, et 5e édit., p. 384; Demolombe, XXVIII, n. 585; Planiol, II, 1re édit., n. 606, et 2e édit., n. 579.

choses *fongibles de la même espèce*. Il ne suffit donc pas que, des deux côtés, les choses dues soient fongibles en elles-mêmes et considérées séparément, en d'autres termes, que l'objet de chacune des dettes soit déterminé seulement quant à son genre. Il est nécessaire que les objets des deux obligations soient fongibles entre eux, ou, comme on peut dire encore, l'un par rapport à l'autre, c'est-à-dire que les mêmes choses puissent servir indifféremment à payer l'une ou l'autre des obligations, de telle sorte que, si l'un des débiteurs acquittait réellement sa dette, il pût être contraint de recevoir en paiement de sa propre créance les choses mêmes qu'il aurait payées (1).

Ainsi la compensation ne s'opère pas entre la dette d'un cheval *in genere* et celle d'un cheval arabe, ou entre la dette d'un cheval arabe et celle d'un cheval anglais. De même une dette de vin de Bordeaux, de tel cru et de telle année, n'est pas compensable avec une dette de vin de Bordeaux, d'un autre cru ou d'une autre année. A plus forte raison, ne saurait-il être question de compensation entre une dette de vin de Bordeaux et une dette de vin de Bourgogne. Dans ces divers cas, les deux dettes ont bien, l'une et l'autre, pour objet, des choses fongibles, mais non des choses fongibles de la même espèce.

Quelle est la raison d'être de cette condition ? La compensation s'analyse en un double paiement fictif. Il s'ensuit que chacun des créanciers doit, au résultat de la compensation, se trouver dans la même situation que s'il y avait eu paiement réel de sa créance. Or, aux termes de l'art. 1243 : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ». C'est donc seulement la chose qui lui est due qu'un créancier peut se trouver, par l'effet de la compensation, dans la nécessité de conserver en paiement (2).

(1) Marcadé, IV, n. 817; Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, note 1, et 5e édit., p. 372, note 1; Larombière, V, p. 124 (art. 1291, n. 10); Demolombe, XXVIII, n. 488; Desjardins, *op. cit.*, n. CXII; Laurent, XVIII, n. 391; Huc, VIII, n. 151; Planiol, II, 1re édit., n. 598, et 2e édit., n. 571. — Req., 22 nov. 1899, S., 1900. 1. 385, D. P., 1900. 1. 14.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 626, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 375); Toullier, VII, n. 363;

1823. La compensation peut-elle s'opérer entre deux dettes dont l'une est alternative avec cette particularité que l'un de ses objets est fongible par rapport à celui de l'autre dette? La négative nous paraît incontestable. Si la compensation était possible dans ce cas, elle transformerait la dette alternative en dette pure et simple, ce qui porterait atteinte au droit de la partie à qui le choix appartient. L'une des choses dues sous une alternative ne pourrait pas être payée malgré cette partie. Une dette alternative n'est donc pas légalement compensable. Il ne peut être question ici que de compensation facultative (1).

1824. Il en est de même quand l'une des deux obligations, dont les objets sont fongibles entre eux, est une obligation dite facultative : je vous dois un cheval anglais, et vous me devez un cheval anglais, mais avec faculté de me payer à la place une somme de 1,000 fr. Il est vrai que la dette facultative n'a qu'un seul objet, mais, cet objet, le débiteur n'est pas tenu de le payer, car il peut se libérer en payant la chose qui est *in facultate solutionis*. Or, s'il y avait compensation légale, le débiteur se trouverait privé de cet avantage. Il serait dans la même situation que si, au mépris de la convention, il était contraint à payer effectivement la chose *in obligatione*. La compensation ne saurait donc avoir lieu de plein droit (2).

1825. Mais cette circonstance que l'une des deux obligations est accompagnée d'une clause pénale ne fait pas obstacle à la compensation légale. La clause pénale n'a pas d'autre but que de fixer d'avance les dommages-intérêts et d'assurer l'exécution de l'obligation. Il n'y a donc pas de raison pour qu'elle rende la dette non compensable (3).

1826. Quand deux obligations de faire, qui existent en sens inverse entre les mêmes personnes, ont pour objet des

Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, note 2, et 5e édit., p. 372 *in fine*, et p. 373, note 2.

(1) Marcadé, IV, n. 818; Demolombe, XXVIII, n. 489; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 373, note 2 *in fine*.

(2) Demolombe, XXVIII, n. 490; Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.* — Cpr. Marcadé, IV, n. 818, al. 2.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 491.

prestations de même espèce, s'éteignent-elles par compensation? Non, alors même que le fait, objet de chacune d'elles, serait tel qu'il pût être accompli indifféremment par le débiteur ou par tout autre individu, comme dans le cas où, de part et d'autre, il est dû un travail purement manuel. L'art. 1291 exige que les deux dettes aient pour objet « une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ». Ces mots s'appliquent exclusivement aux obligations de donner.

A plus forte raison faut-il décider ainsi quand l'un des créanciers avait intérêt à ce que l'obligation fût exécutée par le débiteur lui-même ([1]).

Cependant, fait observer M. Larombière, si chacun des débiteurs devait fabriquer à l'autre des choses de même nature, qualité et bonté, ces choses, une fois fabriquées, seraient fongibles entre elles, comme objets identiques de deux obligations de donner. Dans ce cas, la compensation aurait lieu, mais il n'y aurait point là d'exception ([2]).

1827. Au principe que la compensation n'est pas possible entre deux choses fongibles d'espèce différente, le législateur apporte une exception qui est ainsi formulée dans l'art. 1291, al. 2 : « *Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles* ». On voit que, dans l'hypothèse prévue, la compensation est subordonnée à plusieurs conditions. Il faut : 1° que l'une des deux dettes ait pour objet des *grains ou denrées*. Ce dernier mot s'applique à tous les produits de la terre qui servent à la nourriture, soit des hommes, soit des animaux, par exemple au vin ; 2° que cette dette ne soit *par contestée*. S'il en était autrement, elle ne serait pas liquide et exigible, et, par conséquent, les deux dernières des trois conditions requises par l'art. 1291, al. 1er, ne seraient pas remplies. Or l'exception admise par le législateur ne concerne que la première de ces conditions ; 3° que les grains ou denrées dont il s'agit soient cotés aux

([1]) Larombière, V, p. 129 (art. 1191, n. 14) ; Demolombe, XXVIII, n. 492.
([2]) Larombière, *loc. cit.*

mercuriales. On désigne par cette expression les registres dans lesquels les maires constatent officiellement le cours ou prix moyen des denrées vendues sur les marchés qui sont tenus dans leurs communes. Le prix des denrées n'est donc pas *réglé* par ces registres, comme le dit inexactement la loi ; il dépend de l'offre et de la demande. Les mercuriales ne font que le constater ; 4° que les dettes des denrées soient de celles qui sont comprises sous la dénomination de *prestations;* la loi ne dit pas « les *dettes* de grains ou denrées », mais bien « les *prestations* » ; or cette expression suppose que la dette doit être payée périodiquement à certaines échéances.

Les auteurs du Code ont certainement voulu déroger, dans le second alinéa de l'art. 1291, au principe par eux posé dans le premier alinéa du même article ; en d'autres termes, ils ont admis, dans le cas dont nous parlons, la compensation légale. Ces mots *peuvent se compenser* signifient *sont légalement compensables*. Le législateur a voulu dire, non pas que les parties ont la faculté d'admettre ou non la compensation, mais bien que, par exception au principe excluant la possibilité de la compensation légale entre dettes dont les objets ne sont pas des choses fongibles de même espèce, une dette de denrées peut se compenser avec une dette d'argent. A notre avis, on ne saurait en douter ; d'abord, le fait même que la disposition spéciale aux dettes de grains ou denrées suit immédiatement celle où la règle de la fongibilité est formulée, prouve déjà le caractère exceptionnel de la première. Au surplus, l'exactitude de notre interprétation résulte à l'évidence des travaux préparatoires. « Il faut qu'il s'agisse de dettes de la même espèce, a dit Jaubert dans son rapport au Tribunat ; des denrées ne se compenseraient pas avec de l'argent, du vin ne se compenserait pas avec du blé. Le projet n'admet qu'une *exception :* les prestations en grains ou denrées et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec de l'argent » (1). La même idée se dégage très nettement des explications données par le tribun Mouricault dans son discours devant le Corps législatif (2). Il n'est

(1) Fenet, XIII, p. 362 ; Locré, XII, p. 484, n. 46, al. 2.
(2) Fenet, XIII, p. 436, *in fine;* Locré, XII, p. 576, n. 41, al. 2.

donc pas douteux que la disposition du second alinéa de l'art. 1291 est relative à un cas de compensation légale [1].

1828. Quels sont les motifs qui ont déterminé les auteurs du Code à introduire cette exception? Grâce aux renseignements fournis par les mercuriales, il est facile de convertir mentalement une dette de denrées en argent ou une dette d'argent en denrées et de donner ainsi une commune mesure à deux dettes dont l'une a pour objet des denrées, et l'autre une somme d'argent : « C'est une innovation, a dit le tribun Mouricault, dans son discours au Corps législatif, mais elle est favorable à la libération. Elle n'est point injuste, puisque le créancier d'une somme déterminée reçoit en compensation la libération d'un objet dont la valeur en argent n'est pas moins déterminée ; elle n'est pas contraire aux principes, puisque les deux dettes se trouvent ainsi de même nature... » [2]. Le législateur a considéré que chacune des parties pourrait toujours, si bon lui semblait, en disposant de la chose qu'elle conserve par l'effet de la compensation, se procurer l'objet même qui lui était dû.

Il n'en est pas moins vrai que le créancier des denrées est contraint de recevoir l'argent en paiement, et le créancier de l'argent, des denrées, contrairement au principe consacré par l'art. 1243. Au surplus, il se peut que ce résultat ne leur soit pas indifférent. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le créancier à qui des grains sont dus se propose de les employer à des semailles ; il en est ainsi encore lorsque le créancier de la somme d'argent en a besoin pour éteindre des dettes dont le paiement lui est réclamé. Dans chacun de ces cas la compensation pourra causer à l'une des parties un préjudice plus ou moins considérable [3].

(1) Duranton, XII, n. 390; Marcadé, IV, n. 819 *in fine* ; Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-XII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, note 3, et 5e édit., p. 373, note 3; Larombière, V, p. 125 (art. 1291, n. 11); Demolombe, XXVIII, n. 509; Mourlon, II, n. 1441; Laurent, XVIII, n. 395; Arntz, III, n. 237; Vigié, II, n. 1621 *in fine;* Thiry, III, n. 82, p. 105; Huc, VIII, n. 151, p. 195 *in fine* et p. 196. — V. cependant Planiol, II, 1re édit., n. 623, 2e édit., n. 596.

(2) Fenet et Locré, *loc. cit.* — *Adde* Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet et Locré, *loc. cit.*

(3) Larombière, V, p. 126 (art. 1291, n. 11, al. 5); Demolombe, XXVIII, n. 494; Laurent, XVIII, n. 392, p. 413 *in fine ;* Huc, VIII, n. 151, p. 196.

Ainsi, en résumé, l'exception dont il s'agit ne saurait se justifier, et c'est avec raison que Pothier ne l'admettait pas [1].

1829. Mais, par cela seul que la disposition qui nous occupe déroge au droit commun, elle doit recevoir l'interprétation restrictive. De là ces deux conséquences :

1° L'exception n'étant établie qu'en vue du cas où il existe d'un côté une dette de denrées et de l'autre une dette d'argent, il n'y aurait pas lieu de l'étendre au cas de deux dettes ayant pour objet l'une et l'autre des denrées de nature différente, dont le prix est constaté par des mercuriales. Ainsi la compensation n'aurait pas lieu entre une dette de blé et une dette de vin, ou même entre une dette de vin de Bordeaux et une dette de vin de Bourgogne.

La solution contraire méconnaît le texte de la loi. L'art. 1291, al. 2, ne considère pas, ainsi qu'on l'a prétendu, les prestations de denrées, dont le prix est constaté par les mercuriales, comme des dettes de sommes d'argent ; il dit simplement que ces prestations peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles, ce qui est bien différent. Au surplus, dans le cas dont nous parlons, le motif de l'exception fait défaut. Si le législateur a écrit la disposition de l'al. 2 de l'art. 1291, c'est parce qu'il a pensé que chacun des créanciers, obligé de retenir en paiement ce qu'il doit, pourrait facilement, au moyen d'une vente ou d'un achat, par conséquent au moyen d'une opération simple, se procurer ce qui lui est dû. Mais, si la compensation était admise entre

[1] « Je ne puis, disait formellement Pothier, opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de blé que vous me devez... Je ne puis... l'obliger (mon créancier) à recevoir en compensation d'une somme d'argent que je lui dois, le blé qu'il me devait ; car ce serait l'obliger à recevoir du blé pour de l'argent qui lui est dû, par conséquent à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû ». *Oblig.*, n. 626, al. 1 et 2 (édit. Dupin, I, p. 375). Bourjon était de l'avis suivant : « S'il est dû à l'un une somme de deniers à l'autre une quantité de grains, ces deux dettes de différente nature ne se compensent pas de droit ; cependant, lorsque la quantité de grains est certaine, on suspend la condamnation jusqu'à l'appréciation ; et l'appréciation faite, il y a lieu à compensation ; elle rend tout liquide. La suspension est équitable, et la liquidation fait une juste et légitime ouverture à la compensation ». *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. VII, sect. III, n. 36 (II, p. 562). — V. aussi pour l'historique de cette question spéciale, Desjardins, *op. cit.*, n. LXXXV, p. 300 *in fine* et p. 301.

deux créances de denrées d'espèce différente, chacun des créanciers devrait, pour se procurer ce qui lui est dû, procéder à deux opérations successives, d'abord à une vente, puis à un achat. La compensation aurait donc des conséquences plus graves que dans le cas prévu par la loi [1].

2° Toutes les dettes de denrées, dont le prix est constaté par des mercuriales, ne seraient pas compensables avec des dettes de sommes d'argent, mais seulement celles qui sont comprises sous la dénomination de *prestations*. La loi ne dit pas : *les* DETTES *en grains ou denrées*, mais bien les PRESTATIONS; or, cette expression désigne une dette qui doit être payée périodiquement à certaines échéances.

C'est bien, d'ailleurs, ce qui résulte de l'exemple suivant, que donnait le tribun Jaubert pour montrer la portée de l'exception : « Un fermier qui est chargé d'acquitter le prix de son bail en prestations en nature, dont le prix toutefois est réglé par les mercuriales, peut compenser avec une somme que son propriétaire lui doit » [2]. Enfin, le but que poursuit en réalité le créancier de redevances périodiques, notamment le propriétaire qui stipule des fermages en nature, est, du moins en général, de s'assurer ainsi des revenus pécuniaires correspondant au prix des grains ou denrées, d'après le cours des mercuriales. La décision de la loi est donc conforme à l'intention des parties. On ne saurait en dire autant pour le cas où il s'agit d'une dette unique [3].

En tout cas, et en supposant que la disposition de la loi soit applicable à toutes les dettes de denrées dont le prix est constaté par des mercuriales, — qu'elles constituent ou non des prestations proprement dites, — elle recevrait une exception

[1] *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-XV; Lair, *op. cit.*, p. 206; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, texte et note 4, et 5e édit., p. 373, texte et note 4; Larombière, V, p. 126 (art. 1291, n. 11, al. 3 *in fine*); Demolombe, XXVIII, n. 507; Laurent, XVIII, n. 392; Arntz, III, n. 237, al. 2; Thiry, III, n. 82, p. 105; Huc, VIII, n. 151, p. 196. — *Contra* Marcadé, IV, n. 820; Desjardins, *op. cit.*, n. CXIII; Zachariæ, § 326, texte et note 3.

[2] Fenet, XIII, p. 362; Locré, XII, p. 484, n. 46.

[3] *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, texte et note 5, et 5e édit., p. 373, texte et note 5; Larombière, V, p. 126 *in fine* (art. 1291, n. 11); Laurent, XVIII, n. 394. — *Contra* Duranton, XII, n. 390; Marcadé, IV, n. 821; Desjardins, *op. cit.*, n. CXIII; Demolombe, XXVIII, n. 502.

nécessaire au cas où la dette de denrées et la dette d'argent seraient la cause l'une de l'autre. Ainsi je vous ai vendu 100 hectolitres de froment moyennant 2.000 fr.; je suis donc débiteur envers vous de denrées dont le prix est constaté par des mercuriales, et vous l'êtes envers moi d'une somme d'argent. La compensation s'opèrera-t-elle entre nos deux dettes, par application de l'art. 1291 al. 2? Non évidemment; autrement tous les marchés de ce genre seraient annulés de plein droit en vertu des dispositions de la loi. Arg. art. 1290. Il est impossible de prêter une pareille pensée au législateur, et, à supposer que le texte pris à la lettre dût conduire à ce résultat, on y échapperait en invoquant l'intention bien évidente des parties qui devraient être considérées en pareil cas comme ayant renoncé tacitement au bénéfice de la compensation [1].

C. *Liquidité.*

1830. Il faut que les deux dettes à compenser soient liquides : « Une dette est liquide, dit Pothier, lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû, *cum certum est an et quantum debeatur* » [2]. Une dette n'est donc pas liquide par cela seul que son existence est certaine; il est nécessaire, en outre, que sa quotité soit déterminée. En un mot, la liquidité suppose deux éléments. Il nous faudra les distinguer.

Cette condition apparut dans la législation de Justinien [3]. On sait qu'en droit romain la compensation était judiciaire. Cet empereur exigea la liquidité afin d'empêcher qu'un plaideur de mauvaise foi pût trouver dans la compensation un moyen de retarder abusivement la décision du juge.

Toutefois il entendait cette condition d'une façon assez

(1) Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-XIV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 226, et 5e édit., p. 373 *in fine* et 374, texte et note 5 *bis;* Desjardins, *op. cit.*, n. CXIII, p. 383; Mourlon, II, n. 1441 *bis;* Laurent, XVIII, n. 396; Thiry, III, n. 82, p. 105 *in fine*. — Cpr. Marcadé, IV, n. 822; Demolombe, XXVIII, n. 505.

(2) *Oblig.*, n. 628 (édit. Dupin, I, p. 376). — *Sic* Toullier, VII, n. 369; Duranton, XII, n. 397; Mourlon, II, n. 1442; Aubry et Rau, 4e édit., p. 227, texte et note 7, et 5e édit., p. 374, texte et note 7; Larombière, V, p. 129 (art. 1291, n. 15); Demolombe, XXVIII, n. 518; Laurent, XVIII, n. 403; Arntz, III, n. 239; Thiry, n. 82, p. 106; Huc, VIII, n. 152.

(3) L. 3 C., *De compensat.*, IV, 31.

large : la liquidité, telle qu'il la comprenait, supposait, non pas que l'existence et la quotité de la dette étaient actuellement certaines, mais simplement qu'il était facile de les vérifier. A proprement parler, suivant la remarque de M. Accarias, Justinien formulait moins une règle « qu'un conseil donné au juge », puisque ce dernier avait le pouvoir d'apprécier la liquidité (1).

Notre ancien droit coutumier reproduisit cette condition (2), bien qu'il eût innové en établissant la compensation légale ; mais, sur ce dernier point, comme nous l'avons expliqué, nos vieux auteurs avaient cru se conformer à la décision de Justinien.

On a objecté que, logiquement, dans le système de la compensation légale, la liquidité n'aurait pas dû être requise : du moment que la compensation s'opère, comme le dit l'art. 1290, « *même à l'insu des débiteurs* », qu'importe que l'existence de la dette ne soit pas prouvée, que sa quotité ne soit pas déterminée (3) ?

On peut, croyons-nous, répondre à cette objection : la compensation n'est qu'un double paiement réciproque et fictif. Or, quand une dette n'est pas liquide, le débiteur ne saurait être contraint à payer et il n'est pas admis à offrir le paiement au créancier. Une pareille dette, n'étant pas payable, n'est pas compensable (4). De plus, bien qu'aujourd'hui la compensation soit légale, un plaideur aurait pu, comme sous l'empire du droit romain, en l'absence de la condition de liquidité, opposer la compensation par esprit de chicane et pour éluder la condamnation (5).

(1) Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 4e édit., II, n. 912, p. 1110.

(2) On lit dans l'art. 105 de la Coutume de Paris (rédaction de 1580) : « Compensation a lieu d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide et non autrement ». — V. aussi Cout. de la Marche, art. 100; de Reims, art. 397; du Bourbonnais, art. 37. — V., pour l'historique, Desjardins, *op. cit.*, n. XXVI, p. 110-112, et LXXXIV, p. 293-298.

(3) Frédéric Duranton, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1846, p. 862; Desjardins, *op. cit.*, p. 295. — Cpr. Huc, VIII, n. 152, al. 2.

(4) Demolombe, XXVIII, n. 512; Laurent, XVIII, n. 397; Thiry, III, n. 82, p. 106; Planiol, 1re édit., n. 599 *in fine*, et 2e édit., n. 572 *in fine*. — Cpr. Vigié, II, n. 1623.

(5) Demolombe, XXVIII, n. 512 *in fine*.

1831. Cependant, ni le Code fédéral des obligations, ni le Code civil allemand, ni le Code civil japonais n'exigent la condition de liquidité. Dans son *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, M. Saleilles nous donne les motifs de cette abstention : « Si la compensation, dit-il, est une garantie de paiement fondée sur la coexistence de deux dettes réciproques, il est difficile d'en subordonner l'efficacité à un fait de pur hasard, tel que la liquidité des dettes, et de fournir ainsi à l'une des parties le moyen d'en écarter les conséquences, en se fondant sur une allégation toujours facile à mettre en avant, mais le plus souvent inspirée uniquement par l'esprit de chicane ». Ainsi, chose curieuse, des deux côtés, on fait valoir qu'il est bon de prévenir les ruses des plaideurs : tandis que les uns invoquent cette considération à l'appui de la condition de liquidité, les autres l'invoquent aussi pour justifier le rejet de cette même condition. Mais, dans tous les cas, il faut, nous semble-t-il, reconnaître qu'on a raison de part et d'autre. Si la condition de liquidité peut favoriser l'esprit de chicane chez celui qui se voit opposer la compensation, l'absence de cette condition le favorise certainement chez celui qui se prévaut de ce mode d'extinction.

M. Saleilles ajoute : « On dira peut-être que si, dans le système du projet, la compensation est assimilée à une déclaration ou reconnaissance de paiement, elle ne peut avoir lieu que dans les circonstances où le paiement aurait pu se faire, c'est-à-dire à supposer qu'il n'y ait plus lieu à contestation sur l'objet ou l'étendue de la dette. L'objection serait admissible à l'encontre d'un paiement réalisé par voie d'offres et de tradition matérielle; le créancier pourrait être en droit d'en contester la régularité et d'exiger, au préalable, la liquidation de la dette; mais elle est sans portée à l'encontre d'un paiement à faire valoir sur les espèces que le créancier est déjà censé avoir en mains, qu'il n'a pas à recevoir et, par suite, qu'il n'a pas à refuser. Le débiteur qui a des valeurs qui lui reviennent aux mains du créancier, peut faire sur ces valeurs une imputation de paiement dont l'étendue reste subordonnée à la liquidation à intervenir.

N'est-ce pas ce qui arrive toutes les fois qu'il y a remise de valeurs à titre de couverture? Or, la compensation, comme la rétention, est une sorte de couverture aux mains du créancier. Le débiteur qui a, dans la prestation qu'il avait à faire, de quoi se couvrir d'une créance réciproque, refusera de payer, alors même qu'on lui objecte la nécessité d'une liquidation préalable. Il déclare néanmoins se payer lui-même sur ce qu'il doit, sauf à déterminer plus tard le montant du solde et, par suite, les limites dans lesquelles la compensation se sera opérée » (1).

Le raisonnement ne nous paraît pas sans réplique. Il est bon, sans doute, que, vu ses avantages, la compensation soit facilitée; mais, d'autre part, il ne faut pas qu'elle empire d'une façon exagérée la situation de l'une des parties. La suppression de la condition de liquidité a pour conséquence de retarder le recouvrement du solde qui revient peut-être au créancier à qui la compensation est opposée. Ce créancier, en effet, ne peut plus savoir quelle est la somme qui lui reste due. Or, déjà, par l'effet de la compensation, il est obligé de recevoir un paiement partiel. N'est-ce pas aller trop loin que de le priver, en outre, plus ou moins longtemps, du montant de la différence qui existe à son profit? La compensation, ainsi comprise, présenterait de graves inconvénients au point de vue économique.

L'argument d'analogie tiré de ce qui se produit, quand des valeurs sont données en couverture, n'est point concluant : dans ce cas, il y a eu convention, et, par conséquent, la partie qui a fourni la couverture a accepté la situation qui lui est faite. Il n'en est point de même au cas de compensation.

1832. *a.* La liquidité, avons-nous dit, suppose, en premier lieu, que la dette est certaine quant à son existence. Ainsi une dette contractée sous une condition suspensive n'est pas liquide tant que cette condition est en suspens, car elle n'existe pas encore, et il est incertain si elle existera jamais.

Ainsi encore une dette dont le principe est contesté n'est

(1) Saleilles, *op. cit.*, n. 65.

pas liquidée, et, par suite, elle n'est pas susceptible d'entrer en compensation [1]. Il faut toutefois que la contestation soit sérieuse [2], ce qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement [3] ; autrement la compensation dépendrait de la fantaisie de chacun des débiteurs, puisque, pour l'empêcher de se produire, il suffirait à l'un ou à l'autre d'élever une contestation quelconque au sujet de sa dette : « Prenons garde cependant, disait le tribun Jaubert à propos des dettes à compenser, que la loi ne dit pas : *également reconnues par les deux parties...*, car si l'une des parties se permettait de faire une mauvaise contestation et de soutenir, contre toute évidence, qu'elle n'est pas débitrice ; si le juge voyait clairement que la dette fût certaine, il ne pourrait s'empêcher de déclarer la compensation. Lors donc que la loi exige que les dettes soient également liquides, elle n'a entendu exclure que celles qui pouvaient donner lieu à des discussions : par exemple, si un compte non arrêté était opposé en compensation à un titre » [4]. Telle est, d'ailleurs, la portée que nos vieux auteurs donnaient à la condition de la liquidité. Parlant des dettes à compenser entre elles, Argou disait : « Il faut... qu'elles soient liquides, c'est-à-dire qu'elles ne puissent pas être contestées *légitimement* » [5]. Une dette est liquide, comme l'expliquait Domat, quand elle est « certaine et *non sujette à contestation* » [6]. Il faut donc, non pas que la dette ne soit pas contestée en fait, mais bien qu'elle ne soit pas raisonnablement contestable. Et même une dette est compensable, bien que la preuve de son existence ne soit pas d'ores et déjà rapportée, si celui qui se

(1) Nancy, 11 juin 1887, D. P., 88. 2. 183; 12 déc. 1887, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1120. — Alger, 7 nov. 1892, D. P., 93. 2. 286.

(2) Toullier, VII, n. 371; Duranton, XII, n. 397; Marcadé, IV, n. 824, al. 2; Desjardins, *op. cit.*, n. CXVI; Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 227, note 8, et 5e édit., p. 374, note 8; Larombière, V, p. 128 (art. 1291, n. 5, al. 14); Demolombe, XXVIII, n. 516; Laurent, XVIII, n. 398-400; Thiry, III, n. 82, p. 106. — Bruxelles, 18 fév. 1850, *Pasicr.*, 50. 2. 229. — Cpr. Req., 4 mars 1867, S., 67. 1. 254. — Req., 30 janv. 1872, D. P., 72. 1. 413; 7 février 1883, S., 85. 1. 300, D. P., 83. 1. 473, et le rapport de M. le conseiller George-Lemaire.

(3) Laurent, XVIII, n. 401.

(4) Fenet, XIII, p. 363; Locré, XII, p. 484, n. 47, al. 3.

(5) *Instit. au droit français*, 11e édit., II, p. 373.

(6) Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. IV, tit. II, sect. II, n. 2 (édit. Rémy, II, p. 249).

prévaut de la compensation peut faire cette preuve facilement et sans retard appréciable : « Une dette contestée, disait Pothier, n'est donc pas liquide et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement » (1). C'est aussi l'opinion des auteurs modernes (2).

1833. *b.* La dette n'est pas liquide par cela seul que son existence est certaine ; il faut, de plus, que sa quotité soit déterminée. Une dette n'est donc pas liquide lorsque son quantum dépend d'un règlement de compte (3). Peu importe que certains éléments du compte à régler soient liquidés, car, dans un pareil règlement, les divers éléments doivent se solder par une balance définitive, et ils ne sauraient, par conséquent, au point de vue de la compensation, être considérés séparément (4).

Il en est de même de la dette dont le quantum dépend d'une estimation (5). Ainsi un tribunal a prononcé contre un débiteur une condamnation à des dommages-intérêts à fixer *par état :* la dette est certaine quant à son principe, mais elle n'est pas déterminée quant à sa quotité ; elle n'est donc pas liquide et n'entrera pas en compensation.

(1) *Oblig.*, n. 628, al.3. — *Adde* Charondas, sur la cout. de Paris, art. 102 ; Domat, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 227, et 5e édit., p. 374 ; Larombière, V, p. 128 art. 1291, n. 15, al. 5) ; Demolombe, XXVIII, n. 517.

(3) Toullier, VII, n. 370 ; Colmet de Santerre, V, n. 242-*bis*, V ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 227, et 5e édit., p. 375 ; Larombière, V, p. 132 (art. 1191, n. 17) ; Demolombe, XXVIII, n. 518 *in fine ;* Desjardins, *op. cit.*, n. CXVII, p. 389 ; Laurent, XVIII, n. 403. — V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1291, n. 30 s. — *Adde* Req., 25 juillet 1892, D. P., 92. 1. 488. — Amiens, 13 mars 1901, *Rec. d'Amiens,* 1901, 25.

(4) Larombière, V, p. 133 (art. 1291, n. 18) ; Demolombe, XXVIII, n. 519 ; Desjardins, *op. cit.,* CXVII, p. 390.

(5) En ce qui regarde soit les frais judiciaires, soit les droits d'actes ou les honoraires dus à un officier public ou ministériel, la dette n'est liquide que lorsque le *quantum* en a été fixé par la taxe. Larombière, V, p. 132 (art. 1291, n. 17) ; Laurent, XVIII, n. 405, al. 4, p. 423. — Angers, 24 mars 1843, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2647, et v° *Notaire*, n. 533. — Req., 18 avril 1854, S., 55. 1. 155, D. P., 54. 1. 216 ; 13 juillet 1885, S., 86. 1. 126, D. P., 86. 1. 309. — Cpr. Civ. rej., 22 août 1865, S., 66. 1. 153, D. P., 65. 1. 358. — *Contra* Demolombe, XXVIII, n. 526 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXVII.

Toutefois la plupart des auteurs et la jurisprudence interprètent cette condition en ce sens que la dette facilement et promptement liquidable doit être considérée comme dès à présent liquide. Cette interprétation s'appuie sur la tradition : « Quand même il serait constant qu'il est dû, disait Pothier, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une *longue* discussion, la dette n'est pas liquide et ne peut être opposée en compensation » (1). Il en était donc autrement, dans la pensée de Pothier, quand la dette pouvait être promptement liquidée (2). Il a été en conséquence jugé que la créance d'un médecin, pour ses honoraires de visites, doit être considérée comme liquide lorsque sa liquidation peut se faire sans autre retard que celui du règlement du mémoire par le jury médical (3).

On peut cependant concevoir des doutes sur la légitimité de cette solution, car, dans l'*Exposé des motifs,* Bigot-Préameneu disait : « Dans plusieurs tribunaux, le désir de prévenir les actions judiciaires avait introduit l'usage de regarder comme liquides des dettes susceptibles d'une facile liquidation ; mais *il était impossible qu'il n'y eût pas de l'arbitraire, et l'on a fait, pour prévenir l'inconvénient des procédures, ce que permet le maintient des droits respectifs des deux débiteurs,* en décidant que des prestations en grains ou denrées non contestées et dont le prix serait réglé par des mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles » (4). Ne faut-il pas en conclure que le législateur,

(1) *Oblig.*, n. 628, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 376).

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n. 1 ; Toullier, VII, n. 371, al. 2 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 571, note 7 ; Demolombe, XXVIII, n. 523 ; Arntz, III, n. 239. — Sect. civ. rej., 22 ventôse an IX, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2646-1°. — Rennes, 13 janv. 1826, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2646-2°. — Notons une curieuse disposition du C. civ. portugais : « Une dette est liquide quand le montant en est déterminé *ou peut l'être dans le délai de neuf jours* ». Art. 765, § 1 (traduc. G. Laneyrie et Joseph Dubois, p. 243). — Reproduit dans C. civ. mexicain, art. 1574.

(3) Sect. civ. cass., 3 fév. 1819, S. chr., VI. 1. 20, col. 3 *in fine*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2646-3°. — V. pour d'autres décisions, Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1291, n. 51 s., et pour la critique de la jurisprudence, Laurent, XVIII, n. 405.

(4) Fenet, XIII, p. 282 ; Locré XII, p. 384, n. 161, al. 5.

voulant fermer la porte à l'arbitraire, a entendu rigoureusement la condition de la liquidité ? Au surplus ; la compensation est un double paiement ; or, évidemment, le débiteur qui ne connaît pas le montant de sa dette ne saurait payer C'est donc seulement lorsque le juge aura déterminé ce montant que la compensation se produira ; en d'autres termes, il ne peut être question ici que de compensation judiciaire [1].

Toutefois, parmi les quelques auteurs qui se prononcent dans ce dernier sens, il en est qui, dans le cas même où un compte est nécessaire pour déterminer la quotité d'une dette, admettent la compensation légale quand les éléments compris dans ce compte ne sont contestés ni dans leur existence ni dans leurs chiffres et qu'il n'y a plus, par conséquent, qu'à établir la balance. Dans ce cas, en effet, alors même que le calcul des intérêts et des imputations devrait entraîner des longueurs, la dette, en réalité, est liquide, puisqu'une opération d'arithmétique suffit pour en faire apparaître le quantum [2].

La cour de cassation a décidé que, tout en chargeant un expert de déterminer exactement le montant d'une créance d'ailleurs non contestée, le juge peut admettre immédiatement cette créance en compensation jusqu'à concurrence d'un chiffre par lui indiqué, s'il constate dès à présent qu'elle s'élève au moins à ce chiffre [3]. Dans cette mesure, en effet, la créance est liquide. C'est avec raison, nous semble-t-il, que les auteurs approuvent cette décision [4].

Quand les juges du fond décident qu'une dette est liquide ou non, leur pouvoir d'appréciation est-il souverain ? En d'autres termes, la déclaration de liquidité ou de non liquidité peut-elle être sujette à cassation ? Dans un arrêt du 28 mai 1873, la cour suprême répond : « Que la question de savoir si une ou plusieurs dettes sont liquides, ou ne le sont

(1) Laurent, XVIII, n. 404. — V. aussi Larombière, V, p. 132 (art. 1291, n. 17) ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXVII, p. 389 ; Huc, VIII, n. 154.

(2) Larombière, V, p. 132, *in fine* (art. 1291, n. 17, al. 5) ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXVII, p. 390.

(3) Req., 13 janv. 1874, S., 75. 1. 351. D. P., 74. 1. 76.

(4) Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VII, note 3 ; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 376, note 9 *bis*.

pas, est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond ; qu'ainsi l'arrêt attaqué, en déclarant que les dettes respectivement compensées étaient liquides et que la compensation s'en était opérée de plein droit, n'a pu violer les art. 1289 et 1290 C. civ. » (1). Mais, dans une décision du 4 juillet 1894, elle dit, ce qui implique une contradiction en ce qui regarde la déclaration de liquidité, « que le point de savoir s'il y a lieu ou non d'appliquer les règles de la compensation légale est manifestement une question de droit soumise à l'appréciation de la cour suprême » (2). Les deux propositions ont le défaut d'être absolues. Il faut distinguer suivant que, pour déclarer la liquidité ou la non liquidité, les juges du fond ont résolu un point de droit, ou n'ont eu qu'à apprécier les circonstances de la cause. Conformément aux principes généraux, le contrôle de la cour régulatrice ne peut s'exercer que dans le premier cas (3).

D. *Exigibilité.*

1834. L'art. 1291 veut, en outre, que les deux dettes soient exigibles. Cette dernière expression est prise ici dans un sens large. Elle ne vise pas simplement l'absence de terme. Il faut que le paiement de chacune des dettes puisse être immédiatement exigé. C'est qu'en effet la compensation est un double paiement forcé. Elle ne doit, par suite, s'opérer que lorsque chacun des débiteurs pourrait être contraint à payer et qu'il pourrait l'être actuellement (4).

1835. La compensation n'a pas lieu quand l'une des dettes n'est payable qu'à terme, car, avant l'échéance, celui à la charge de qui elle existe peut refuser le paiement. La compensation aurait pour effet de le priver du bénéfice du terme, et, par conséquent, il paierait plus qu'il ne doit (5).

(1) Req., 28 mai 1873, S., 74. 1. 79, D. P., 73. 1. 415.

(2) Civ. rej., 4 juillet 1894, D. P., 95. 1. 109.

(3) Req., 30 janvier 1872, S., 72. 1. 56, D. P., 72. 1. 413. — Cpr. Req., 31 décembre 1878, S., 80. 1. 72, D. P., 79. 1. 432 ; 8 février 1881, D. P., 82. 1. 39.

(4) Cpr. C. civ. port., art. 765, § 2 ; C. civ. mexic., art. 1575.

(5) La compensation ne saurait donc s'opérer entre les dommages-intérêts liquides et exigibles dus à un locataire pour privation de jouissance d'une partie de la chose louée et les loyers à échoir. Le bailleur peut donc céder valablement ces loyers

Mais ce raisonnement n'est vrai que pour le terme de droit : « *Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation* », dit l'art. 1292. Il est facile de justifier cette disposition : le délai de grâce est une faveur accordée par le juge au débiteur, qui, par suite de circonstances malheureuses, se trouve dans l'impossibilité de payer immédiatement; son but est de donner au débiteur le temps de se procurer les ressources nécessaires pour effectuer le paiement. Or comment pourrait-on dire qu'il est impossible au débiteur de se libérer, lorsque, précisément, la compensation lui en fournit le moyen (1)? On voit donc que, par l'effet de la compensation, le terme de grâce perd sa raison d'être (2).

Mais la prorogation de terme qui est accordée par une loi sous forme de mesure générale, ne constitue pas un terme de grâce (3), et, en conséquence, elle empêche la compensation. Cette remarque s'applique notamment aux lois et décrets qui, à l'occasion de la guerre franco-allemande de 1870-1871, ont successivement prorogé l'échéance des effets de commerce (4).

1836. Les dettes non encore échues d'un débiteur failli sont rendues immédiatement exigibles par le jugement déclaratif de la faillite. Art. 444 C. com., l. 28 mai 1838. V. aussi art. 1188 C. civ. Mais, au point de vue de la compensation,

à un tiers. Civ. cass., 19 mai 1835, S., 35. 1. 715; D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2659.

(1) « Ce terme, disait Pothier, n'est qu'un terme de *grâce*, accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut empêcher la compensation ». *Oblig.*, n. 627, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 376).

(2) Suivant la remarque de M. Demolombe, le terme de grâce est susceptible de faciliter la compensation : un débiteur, poursuivi en justice par son créancier, rapporte aux juges la preuve d'une créance qu'il a lui-même contre le demandeur et qui doit venir à échéance dans un délai assez bref. Les juges peuvent lui accorder le même délai pour s'acquitter, et à l'expiration de celui-ci, la compensation aura lieu. Demolombe, XXVIII, n. 539.

(3) V. notre t. II, n. 972.

(4) Trib. comm. de Marseille, 23 janv. 1871, D. P., 72. 3. 87 : « Il s'agit, dit ce jugement, d'un délai impératif résultant des lois et décrets, par conséquent d'ordre public, et qui ne peut être enlevé au débiteur sous prétexte de compensation ». — V. cep. Toullier, VII, n. 373. Cet auteur cite, comme ne faisant pas obstacle à la compensation les délais accordés, par différents décrets, aux colons de Saint-Domingue.

cette exigibilité n'équivaut pas à celle qui résulterait de l'échéance du terme. Non seulement les dettes dont nous parlons ne deviennent pas compensables, mais la compensation ne pourra plus désormais se produire, lorsque l'échéance du terme arrivera. Quels sont les motifs de cette disposition? « Le jugement déclaratif de la faillite, dit l'art. 443 C. com., emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens... » Il en résulte qu'à l'instant même où les dettes non échues deviennent exigibles, le failli perd le droit de les payer au préjudice de la masse de ses créanciers. Puisque le paiement n'est plus possible, il en est de même de la compensation, qui, à bien prendre, n'est qu'un paiement fictif. Au surplus, l'exigibilité produite par le jugement déclaratif a pour but de faciliter la liquidation de la faillite, et cela dans l'intérêt de la masse des créanciers. Or la compensation serait contraire à cet intérêt, car elle aurait pour effet de procurer à certains des créanciers leur paiement intégral et de diminuer, par conséquent, le dividende qui sera touché par les autres [1].

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Compensation*, § 2, n. 5; Delvincourt, II, p. 91; Pardessus, *Dr. comm.*, n. 1125; Renouard, *Des faillites*, II, p. 321; Massé, *Dr. comm.*, 3e éd., IV, n. 2265; Bédarride, *Faillites*, I, n. 90; Boulay-Paty, *Faillites*, n. 109; Bravard et Demangeat, *Dr. comm.*, V, p. 160 ss.; Alauzet, *Comm. du C. de comm.*, n. 2487; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 405; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 228, texte et note 15, et 5e édit., p. 377 *in fine* et 378, texte et note 15; Larombière, V, p. 141 (art. 1291, n. 27); Demolombe, XXVIII, n. 540; Laurent, XVIII, n. 413; Arntz, III, n. 238; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, II, n. 2666, p. 655, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 216, p. 167-169; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, n. 338, p. 450 *in fine;* Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1987. — Sect. civ. cass., 12 fév. 1811, S. chr., III. 1. 293; 17 fév. 1823, S. chr., VII. 1. 192. — Civ. cass., 24 nov. 1841, S., 42. 1. 80, D., *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n. 254; 9 juill. 1860, S., 60. 1. 696, D. P., 60. 1. 308. — Req., 16 août 1875, S., 75. 1. 444, D. P., 77. 1. 128. — Civ. cass., 27 juin 1876, S., 77. 1. 242, D. P., 77. 1. 121. — Req., 13 mai 1879, D. P., 80. 1. 29. — Cpr. Orléans, 6 juin 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 27. — V. cependant Paris, 22 août 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 27. — S'il convient de décider que la compensation est impossible à l'égard des dettes rendues exigibles par le jugement déclaratif de la faillite, il ne faut pas dire, comme le font certains auteurs, que cette décision résulte de l'art. 446 C. comm. Ce texte, en tant qu'il vise la compensation, n'est relatif qu'à la compensation conventionnelle; il suppose, en effet, qu'il s'agit d'une dette *non échue*. Or, dans notre hypothèse, c'est de la compensation légale qu'il s'agit, puisque la difficulté vient de ce que le jugement déclaratif de la faillite a rendu la dette *exigible*. Demangeat sur Bravard, V, p. 161, en note; Demolombe, XXVIII, n. 540 *in fine*.

Il faut en dire autant de l'exigibilité qui résulte de la liquidation judiciaire. L. 4 mars 1889, art. 8.

Ici, d'ailleurs, il n'y a pas à distinguer entre les dettes commerciales et celles qui n'ont pas ce caractère (1).

Lorsqu'il y a concordat, la compensation ne saurait s'opérer ni au préjudice personnel du failli concordataire, en le privant des délais accordés, ni au préjudice de la masse en attribuant au créancier une plus forte part de l'actif (2).

1837. La déconfiture, comme la faillite, produit la déchéance du terme; mais, au cas de déconfiture, l'exigibilité qui résulte de cette déchéance rend la compensation possible. Cela provient de ce que la déconfiture, à la différence de la faillite, n'a pas été organisée par le législateur (3). Nonobstant la déconfiture, le débiteur peut se libérer par la voie du paiement. Il n'y a donc pas de raison pour que ses dettes ne soient pas compensables.

Mais la compensation ne saurait s'opérer qu'à partir du jugement qui déclare la déconfiture et prononce la déchéance du terme (4), car, ainsi que nous l'avons fait observer, la loi n'a pas fait de la déconfiture la conséquence de certains faits par elle déterminés (5).

Nous en dirons autant de la déchéance du terme qui résulte de la diminution, par le débiteur, des sûretés qu'il avait données par contrat à son créancier. Elle rend, elle aussi, la dette compensable, mais la compensation ne peut avoir lieu qu'à partir du jugement qui constate la diminution des sûretés et prononce la déchéance (6). Le motif de décider est le même :

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 228, note 15 *in fine*, et 5e édit., p. 378, note 15; Larombière, V, p. 142 (art. 1291, p. 27, n. 27); Laurent, XVIII, n. 413, p. 428. — *Contra* Duranton, XII, n. 412. L'opinion de cet auteur est demeurée isolée.

(2) Duranton, XII, n. 402; Larombière, *loc. cit.* — Civ. cass., 24 nov. 1841, précité.

(3) V. notre tome I, n. 682, texte et notes.

(4) Marcadé, IV, n. 827; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 228, texte et note 16, et 5e édit., p. 379, note 16; Larombière, V, p. 141 (art. 1291, n. 27, al. 1); Demolombe, XXVIII, n. 541; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 404 *in fine* et p. 405; Laurent, XVIII, n. 414; Arntz, III, n. 238, al. 2 *in fine*.

(5) V. notre tome II, n. 1013.

(6) Marcadé, Larombière, Demolombe, Desjardins, *loc. cit.*; Duranton, XII, n. 411; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 228 *in fine* et 229, texte et note 17, et 5e édit., p. 379, texte et note 17; Laurent, XVIII, n. 415.

les faits sur lesquels repose ce jugement n'ont pas, au point de vue dont il s'agit, une portée légale [1].

1838. Si les dettes à terme ne sont pas compensables, à plus forte raison en est-il de même des dettes sous condition suspensive. Avant l'arrivée de la condition, comme avant l'échéance du terme, le débiteur ne saurait être contraint à payer. Au surplus, tant que la condition est en suspens, il n'est pas certain que l'obligation existera, et, par suite, non seulement la dette n'est pas exigible, mais elle n'est même pas liquide [2].

Quant à la condition résolutoire, elle ne fait pas obstacle à la compensation, puisqu'elle n'empêche pas que la dette existe et que le débiteur puisse être contraint au paiement. Mais, si l'événement se réalise, la compensation sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu. Elle ne sera donc définitivement acquise que lorsqu'il sera certain que la condition ne pourra plus s'accomplir, et, par conséquent, c'est seulement alors que les sûretés attachées à la dette seront définitivement éteintes [3].

1839. La condition de l'exigibilité ne suppose pas seulement que la dette n'est affectée ni d'un terme, ni d'une condition suspensive. Elle suppose encore que le créancier peut contraindre le débiteur à payer. C'est qu'en effet la compensation s'analyse en un double paiement fictif, et, par suite, elle n'est possible que si chacun des deux créanciers a le droit de réclamer le paiement de sa créance. Il s'ensuit que les obligations naturelles ne sont pas compensables. Quand une dette présente ce caractère, le créancier n'a pas d'action [4]. Il ne

[1] V. notre tome II, n. 1030.

[2] Toullier, VII, n. 374 ; Duranton, XII, n. 403 ; Marcadé, IV, n. 824 ; Colmet de Santerre, V, n. 242 *bis*-IX ; Aubry et Rau, p. 228, texte et note 13 ; Demolombe, XXVIII, n. 542 ; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 402 ; Laurent, XVIII, n. 440. — Civ. cass., 20 décembre 1837, S., 38. 1. 46. — Req., 20 janvier 1858, S., 58. 1. 310, D., P., 58. 1. 318. — V. *supra*, n. 1827.

[3] Toullier, *loc. cit.* ; Duranton, XII, n. 404 ; Marcadé, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 229, texte et note 18, et 5e édit., p. 379 et 380, texte et note 18 ; Demolombe, *loc. cit.* ; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 403 ; Laurent, XVIII, n. 416 ; Arntz, III, n. 238, p. 129.

[4] A Rome, certaines obligations naturelles pouvaient se compenser ; c'étaient celles qui, se rapprochant le plus des obligations civiles, ne différaient de celles-ci

peut même pas réclamer le paiement par voie d'exception. La dette n'est donc pas exigible au sens de l'art. 1291 (1).

Alors même qu'on ne rangerait pas les dettes du jeu parmi les obligations naturelles (2), il faudrait décider qu'elles ne sont pas sujettes à compensation, car l'art. 1965 pose en principe que la loi n'accorde aucune action en ce qui les regarde (3). Mais il va de soi que celles de ces dettes pour lesquelles l'art. 1966 fait exception à cette règle sont, au contraire, compensables (4).

Quant aux dettes prescrites, elles n'ont plus, lorsque la prescription a été invoquée, que le caractère de dettes naturelles (5), et, en conséquence, il faut leur appliquer ce que nous venons de dire, d'une façon plus générale, relativement aux dettes de ce genre. Mais, tant que l'exception n'a pas été opposée, elles peuvent se compenser, car il ne suffit pas que le délai de la prescription soit expiré pour qu'elles aient perdu leur caractère de dettes civiles (6). Sans doute, si le débiteur invoque ensuite la prescription, la compensation sera considérée rétroactivement comme non avenue ; en d'autres termes, la compensation, dans l'hypothèse, ne s'opère que sous condition résolutoire ; mais qu'importe, puisque la dette affectée d'une pareille condition doit, comme nous l'avons dit, être admise en compensation (7) ?

1840. Il faut se placer au même point de vue pour résoudre la question de savoir si les dettes annulables ou rescin-

qu'en ce qu'elles n'étaient pas sanctionnées par le droit d'action. V. Appleton, *op. cit.*, p. 65-67 ; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 630, et 3e édit., p. 639.

(1) V., pour les autorités, notre tome II, n. 1681. — *Adde* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 10, note 23, et p. 228, texte et note 11, et 5e édit., p. 12, note 23, et p. 377, texte et note 11 ; Larombière, V, p. 128 (art. 1291, n. 24).

(2) V., sur cette question, notre tome II, n. 1661.

(3) Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 401, al. 2.

(4) Desjardins, *loc. cit.*

(5) V. notre tome II, n. 1671.

(6) V., sur le principe, Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 41.

(7) Larombière, V, p. 140 (art. 1291, n. 25) ; Demolombe, XXVIII, n. 544. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 409. — V. cependant Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n. 3, et *Questions*, v° *Papier-monnaie*, § 4 ; Delvincourt, II, n. 581 ; Duranton, XII, n. 408 ; Marcadé, IV, n. 826 *in fine* ; Troplong, *De la prescription*, II, n. 833 ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 228, et 5e édit., p. 377 ; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 401.

dables peuvent entrer en compensation. Tant qu'une décision judiciaire n'en prononce pas l'annulation ou la rescision, ces dettes ont une existence légale, et, par suite, elles sont compensables. Si, plus tard, elles sont annulées ou rescindées, la compensation sera considérée comme n'ayant pas eu lieu. Mais, si les juges refusent de statuer dans ce sens, la compensation deviendra définitive [1].

1841. En ce qui regarde les rentes constituées ou réservées, la compensation légale ne saurait avoir lieu pour le capital, puisque le crédi-rentier n'a pas le droit d'en exiger le remboursement. Elle n'est possible que pour les arrérages [2].

Toutefois, lorsque, par exception, le capital devient exigible, la compensation peut, dès qu'il en est ainsi, s'opérer quant à lui [3].

1842. En matière de compte-courant, la compensation est impossible jusqu'à la clôture du compte. C'est qu'en effet les articles de débit et de crédit ne sont pas des dettes ou des créances. Au surplus, auraient-ils ce caractère, la compensation n'en serait pas moins exclue, l'exigibilité et la liquidité faisant défaut. A la clôture du compte la compensation s'opère en bloc [4].

1843. A l'étude de la condition d'exigibilité des deux créances, nous rattacherons celle de ce très important principe, formulé en tête de l'art. 1298 : « *La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers* ». La compensation, s'analysant en un double paiement fictif, ne saurait s'opérer quand le paiement lui-même est impossible. Or, celui-ci est impossible toutes les fois qu'il aurait pour effet de porter atteinte aux droits acquis à un tiers. Dans les mêmes

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 229, et 5e édit., p. 380; Larombière, V, p. 138 *in fine* (art. 1291, n. 24); Demolombe, XXVIII, n. 545; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 403-404; Laurent, XVIII, n. 417. — V. Cep. Merlin, *Répert.*, vo *Compensation*, § 3, n. 2; Marcadé, IV, n. 826; Arntz, III, n. 238 *in fine*.

(2) Marcadé, IV, n. 825; Larombière, V, p. 140 *in fine*, art. 1291, n. 26; Desjardins, *op. cit.*, n. cxx, p. 400.

(3) Laurent, XVIII, n. 418; Aubry et Rau, 5e édit., p. 377, texte et note 14. — Liège, 10 janv. 1831, *Pasicr.*, 1831, p. 1.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, VI, n. 830 *ter*. — Civ. cass., 22 avril 1884, S., 84. 1. 409, D. P., 85. 1. 230.

cas, par conséquent, la compensation ne peut pas s'opérer. Il s'ensuit que la dette sur l'objet de laquelle des tiers ont acquis des droits, n'est pas exigible, et ainsi apparaît le lien qui existe entre la disposition de l'art. 1298 et celle de l'art. 1291 (1).

1844. Après avoir posé le principe, le législateur en indique une application dans la suite de l'art. 1298 : « *Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation* » (2). Ce texte est le corollaire de la disposition de l'art. 1242 : faisant obstacle au paiement, la saisie-arrêt fait obstacle aussi à la compensation. Et son effet doit être également énergique dans les deux cas. Donc, puisque nous avons décidé que le paiement devient impossible pour la totalité de la somme due par le tiers-saisi, alors même que cette somme est supérieure au montant de la créance du saisissant, nous devons en dire autant relativement à la compensation. En supposant même qu'il ne survienne pas, dans la suite, d'autres saisies-arrêts, le tiers-saisi ne saurait prétendre qu'il a été libéré de plein droit, par la compensation, dans la mesure de ce qui excède les causes de la saisie pratiquée entre ses mains. C'est pour le tout que sa dette a été rendue inexigible par cette saisie. Au surplus, la partie de cette dette sur laquelle porterait la compensation n'est même pas liquide, car, de nouvelles oppositions pouvant survenir, il est impossible de savoir dans quelle mesure la dette du tiers-saisi excèdera les causes des diverses saisies-arrêts, ni même s'il y aura un excédent (3).

La façon dont le législateur s'exprime dans l'art. 1298 appelle une remarque : « Celui, dit-il, qui, étant débiteur, est devenu créancier *depuis la saisie-arrêt* faite par un tiers entre ses mains... ». Il ne faut point conclure de cette formule que le tiers-saisi peut, au contraire, se prévaloir de la com-

(1) Marcadé, IV, n. 846; Demolombe, XXVIII, n. 629.

(2) Le législateur fait une autre application du même principe dans l'art. 1295. — V. *infra*, n. 1875.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 250 *bis*-II; Demolombe, XXVIII, n. 632 : Laurent, XVIII, n. 429, p. 444; Huc, VIII, n. 168, p. 127.

pensation par cela seul que sa créance est née avant la saisie-arrêt, ce qui conduirait, par exemple, à décider que cette créance peut se compenser lorsque, avant cette saisie, elle existait à l'état de créance non échue. La pensée du législateur est certainement celle-ci : le tiers-saisi ne peut pas opposer la compensation, lorsque c'est seulement depuis la saisie-arrêt que sa créance a réuni les conditions nécessaires pour ce mode d'extinction (1).

L'art. 1298 s'applique, d'ailleurs, quelle que soit la source de la créance du tiers-saisi. Celui-ci, par conséquent, ne saurait davantage invoquer la compensation lorsque sa créance résulte d'un délit commis envers lui par le saisi que lorsqu'elle est née d'un fait volontaire de sa part (2).

Mais, si le tiers-saisi ne peut pas se prévaloir de la compensation, il peut, du moins, comme les autres créanciers du saisi, prendre part à la distribution des sommes par lui dues, et, en conséquence, il a le droit, d'après nous, de pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains (3).

(1) Duranton, XII, 442, p. 552 *in fine;* Larombière, V, p. 215 (art. 1298, n. 2); Desjardins, *op. cit.*, n. cxm, p. 416; Lair, *op. cit.*, p. 239; Laurent, XVIII, n. 429, p. 443. — Amiens, 10 mai 1822, S. chr., VII. 2. 70, D., *op. cit.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 351. — Req., 8 nov. 1882, S., 84. 1. 333, D. P., 83. 1. 305.

(2) Chauveau sur Carré, *Lois de la proc.*, IV, quest. 1951 *bis;* Roger, *Tr. de la saisie-arrêt*, 2e édit., n. 444; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de proc.*, 1re édit., III, § 616, p. 776. et 2e édit., IV, § 1437, p. 427.

(3) Duranton, XII, n. 443; Demolombe, XXVIII, n. 633; Colmet de Santerre, V, n. 250 *bis*-III; Laurent, Huc, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 5e édit., p. 386, note 32 *in fine*. — D'après la jurisprudence la plus récente, celui qui est à la fois créancier et débiteur de la même personne peut pratiquer une saisie-arrêt sur lui-même. — Toulouse, 13 nov. 1890, S., 91. 2. 39, D., *Suppl. au rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 19 (XV, p. 685, note 1). — Req., 27 juil. 1891, S., 92. 1. 225, D. P., 92. 1. 43). — Dans le même sens, voir notamment Roger, *op. cit.*, 2e édit., n. 113 s.; Bioche, *Dict. de proc.*, VI, v° *Saisie-arrêt*, n. 52; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-X; Demolombe, XXVIII, n. 693; Dodo, *Th. et prat. de la saisie-arrêt*, n. 130; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, VII, v° *Saisie-arrêt*, n. 53; Garsonnet, *op. cit.*, 1re édit., III, § 596-3°, p. 704 s., et 2e éd., IV, § 1382, p. 324 s.; Labbé, note dans Sirey, sous Req., 27 juil. 1891, précité. — V. aussi les autorités citées dans Sirey, *Table génér.*, IV, v° *Saisie-arrêt*, n. 3, et dans Dall., *Répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 43. — En sens contraire Rodière, *Cours de compét. et de proc.*, II, p. 198; Boulet et Dubouloz, *Code de la saisie-arrêt*, n. 82. — Rennes, 7 fev. 1889, S., 91. 2. 39, D., *Suppl. au répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 19 (XV, p. 684, col. 2 *in fine*, note 3). — V. aussi les autorités citées dans Sirey, *Table génér.*, IV, v° *Saisie-arrêt*, n. 5, et dans D., *Répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 44.

1845. C'est par application du même principe que la compensation est impossible après la déclaration de faillite, car elle préjudicierait aux droits acquis à la masse des créanciers. Elle n'est donc pas admise au profit de celui qui, ayant une créance née avant l'ouverture de la faillite, devient débiteur du failli depuis cet événement, ou *vice versa*. Elle romprait, en effet, l'égalité proportionnelle qui doit exister entre les divers créanciers du failli. Logiquement, d'ailleurs, il faut, dans le cas de faillite déclarée, admettre la même solution que dans le cas de saisie-arrêt, car la déclaration de faillite revient à une saisie globale pratiquée au nom de l'ensemble des créanciers (1).

Pour les mêmes raisons, la compensation légale ne saurait davantage avoir lieu entre deux dettes dont l'une n'est devenue liquide ou exigible qu'après l'ouverture de la faillite de l'un des deux débiteurs (2).

1846. L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire fait-elle, comme la déclaration de faillite, obstacle à la compensation ? J'étais créancier et débiteur d'une même personne ; mais ma créance était affectée d'un terme, et, quand elle devient exigible, il se trouve que la personne dont il s'agit est décédée et que sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire : puis-je me prévaloir de la compensation ? S'il y a des créanciers opposants, il faut, sans hésiter, répondre négativement, car, aux termes de l'al. 1er de l'art. 808 : « S'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge ». A vrai dire, la situation est précisément celle que l'art. 1298 prévoit lui-même à titre d'exemple, l'opposition valant saisie-arrêt (3). Mais que faut-il décider pour le cas où il n'y a pas de créancier opposant ? A notre avis, la compen-

(1) Toullier, VII, n. 381 ; Aubry et Rau, IV, p. 232 ; Larombière, V, p. 218 (art. 1295, n. 6) ; Demolombe, XXVIII, n. 636 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIII, p. 421 s. — Req., 20 juillet 1870, S., 72. 1. 65, D. P., 71. 1. 339.

(2) Req., 16 août 1875, S., 75. 1. 444, D. P., 77. 1. 128. — Civ. cass., 27 juin 1876, S., 77. 1. 241, D. P., 77. 1. 121. — Req., 13 mai 1879, S., 80. 1. 163, D. P., 80. 1. 29. — Orléans, 6 juin 1882, D. P., 83. 2. 199. — Paris, 10 juil. 1885, D. P., 86. 2. 190.

(3) Rouen, 26 janvier 1877, D. P., 77. 2. 90. — V. aussi Req., 19 décembre 1871, S., 72. 1. 227, D. P., 73. 1. 256. — Civ. cass., 30 mars 1892, D. P., 92. 1. 281.

sation peut alors s'opérer, et elle s'opère même de plein droit. Le législateur ne pose nulle part en principe, quant aux effets de la succession bénéficiaire, l'assimilation de celle-ci à la faillite. De plus, il s'exprime ainsi dans le second alinéa de l'art. 808 : « S'il n'y a pas de créanciers opposants, il (l'héritier bénéficiaire) paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent ». Puisque, dans l'hypothèse, le paiement peut avoir lieu, pourquoi en serait-il autrement de la compensation légale, qui est un paiement fictif ? Si le législateur ne vise que le paiement proprement dit, c'est parce que celui-ci constitue le mode ordinaire de libération, et non point parce que la compensation légale n'est pas admise [1].

La vacance de la succession, pas plus que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ne saurait empêcher que la compensation s'opère de plein droit. Le raisonnement est le même [2].

1847. Avons-nous besoin de faire observer que si les droits acquis à des tiers disparaissent, la compensation devient possible ? Dans ce cas elle ne s'opère point rétroactivement, mais seulement du jour où l'obstacle a cessé. Il en est ainsi même à l'égard des parties [3].

1848. Quand un créancier achète à son débiteur un immeuble grevé d'hypothèques, sa dette du prix ne se compense pas avec sa créance. Mais, s'il en est ainsi, ce n'est point, comme le disent inexactement la plupart des auteurs [4].

(1) *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 639 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIII, p. 424 *in fine*, p. 425-426 ; Laurent, X, n. 166 ; Huc, VIII, n. 168, p. 217 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 2046, et 2e édit., n. 1446. — Paris, 4 décembre 1852, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 268. — Trib. Châtillon-sur-Seine, 9 avril 1862, D. P., 62. 3. 37. — Trib. civ. Saint-Pol, 8 août 1889, joint à Cass., D., P., 92. 1. 281. — Liège, 28 juin 1894, *Pasicr.*, 94. 2. 391. — *Contra* Toullier, VII, n. 380 ; Lair, *op. cit.*, p. 200 *in fine ;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 232, texte et note 35, et 5e édit., p. 387, texte et note 35 ; Larombière, V, p. 218 (art. 1198, n. 7).

(2) *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 640. — Caen, 10 mars 1884, D. P., 85. 2. 9. — *Contra* Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*

(3) Larombière, V, p. 219, art. 1298, n. 8 ; Demolombe, XXVIII, n. 641.

(4) Duranton, XII, n. 444 ; Marcadé, IV, n. 846 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 232, texte et note 31, et 5e édit., p. 385, texte et note 31 ; Larombière, V, p. 216, art. 1298, n. 4 ; Demolombe, XXVIII, n. 635 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIII, p. 420. — Cpr. Civ. cass., 27 janv. 1885, S., 85. 1. 109, D. P., 85. 1. 373 ; 25 mars 1885, D. P., 86. 1. 31 ; 31 déc. 1895, S., 98. 1. 211, D. P., 96. 1. 257.

parce que les créanciers hypothécaires ont sur le prix un droit acquis. La compensation, en effet, ne préjudicierait aucunement à ces créanciers. Elle aurait pour effet de libérer l'acheteur, envers le vendeur, de sa dette personnelle, mais elle n'empêcherait point qu'il demeurât tenu hypothécairement, et, par conséquent, les créanciers dont il s'agit pourraient, nonobstant la compensation, saisir entre ses mains l'immeuble vendu. La vérité, c'est qu'à raison du danger d'éviction qui le menace, il importe à l'acheteur de retenir son prix pour qu'il serve à désintéresser les créanciers hypothécaires. Du moment que le vendeur ne rapporte pas la mainlevée des hypothèques, il n'a pas le droit d'exiger le paiement du prix. Arg. art. 1653. La créance du prix n'étant pas exigible, la compensation ne saurait s'opérer. Mais, encore une fois, cela ne provient nullement de ce qu'elle aurait lieu au préjudice des droits acquis aux créanciers hypothécaires [1].

1849. Si la circonstance que deux dettes réciproques ne sont pas payables à la même époque, empêche la compensation légale tant que l'une d'elles n'est pas échue, la circonstance que deux dettes sont payables en des lieux différents laisse place, au contraire, à la compensation.

Mais, celle-ci ayant en pareil cas pour résultat d'empêcher les parties de recevoir leur paiement au lieu fixé par la convention, celle des deux qui éprouvera de ce chef un préjudice, aura le droit d'en demander la réparation; car il est juste que les parties se trouvent replacées en définitive exactement dans la situation où elles se trouveraient si elles avaient reçu leur paiement au lieu où elles devaient le recevoir. Il suffira, pour régler cette indemnité, de consulter le cours du change, qui indique la valeur relative de l'argent sur les différentes places.

L'art. 1296 a tort de supposer que l'indemnité sera toujours due par celui qui oppose la compensation; elle peut tout aussi bien lui être due [2]. Voici le texte : « *Lorsque les deux dettes*

[1] Planiol, II, 1re édit., n. 604, et 2e édit., n. 577. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 442. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 250 *bis*-IV.

[2] Duranton, XII, n. 427; Marcadé, IV, n. 844; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 232, texte et note 30, et 5e édit., p. 385, texte et note 30; Larombière, V, p. 212

» *ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la* » *compensation qu'en faisant raison des frais de la remise* » (1).

Cette disposition, d'ailleurs, n'est point particulière aux dettes d'argent. Elle s'applique aussi aux dettes de denrées, dont le prix varie avec les localités. Les termes de l'art. 1296 sont généraux, et, dans les deux cas, il y a même motif de décider (2).

Ainsi, dans le système du Code civil, tandis que le terme dont l'une des deux dettes est affectée empêche la compensation légale, la différence des lieux de paiement n'a pas le même effet. Cette diversité de solutions est intéressante. Peut-être n'est-elle pas justifiée : de même que la différence des lieux de paiement est corrigée par le change, de même la différence des époques d'exigibilité peut être corrigée par l'escompte. Celui-ci égalise les dettes au point de vue du temps, comme le change les égalise au point de vue de l'espace. Les deux questions pourraient donc être résolues législativement d'une façon identique.

E. *Saisissabilité.*

1850. Il faut que les choses formant l'objet de chacune des deux créances soient saisissables. En d'autres termes, il faut que les créanciers de chacune des personnes qui sont respectivement créancières l'une de l'autre, puissent saisir ce qui est dû à leur débiteur par l'autre partie. Les choses insaisissables ne sont pas comprises dans le gage commun des créan-

in fine (art. 1296, n. 2, al 2); Desjardins, *op. cit.*, n. CXXV, p. 429; Demolombe, XXVIII, n. 533; Laurent, XVIII, n. 440; Huc, VIII, n. 167.

(1) Domat, *Lois civ.*, Ire partie, liv. IV, tit. II, sect. II, n. 8; Pothier, *Oblig.*, n. 633 (édit. Dupin, I, p. 380). — D'après Toullier (VII, n. 400) et Delvincourt (II, part. I, p. 178), il ne s'agirait ici que d'une compensation facultative. Cette doctrine est fondée sur ces mots de l'art. 1296 : « *...on n'en peut opposer la compensation...* ». Elle est condamnée avec raison par tous les autres auteurs, car notre section est consacrée tout entière à la compensation légale. Le Code est muet sur la compensation facultative. — V. Duranton, XII, n. 386; Marcadé, IV, n. 844; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note a; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 231, texte et note 29, et 5e édit., p. 385, texte et note 29; Larombière, V, p. 212 (art. 1296, n. 1, al. 2); Demolombe, XXVIII, n. 535; Laurent, XVIII, n. 440, al. 2, p. 456.

(2) Demolombe, XXVIII, n. 534; Laurent, XVIII, n. 440, p. 455 *in fine;* Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 385, texte et note 30 *bis*.

ciers, et, par suite, ceux-ci n'ont pas le droit de faire mainmise sur elles et d'obtenir ainsi leur paiement. Or, si ces choses ne peuvent pas servir à payer les créanciers de celui à qui elles sont dues, les créances dont elles forment l'objet ne sont pas compensables, car, nous le savons, la compensation n'est qu'un paiement abrégé (1). On peut dire, au surplus, que la compensation équivaut à une saisie-arrêt : « Une tierce personne ne pourrait saisir cette somme entre les mains du débiteur, disait Bigot-Préameneu : *ce serait une sorte de saisie,* s'il voulait retenir cette somme en la compensant » (2). L'interdiction de la saisie entraîne donc l'exclusion de la compensation (3).

L'art. 1293-3° n'excepte de la compensation que la dette d'*aliments déclarés insaisissables* ». Mais sa disposition est beaucoup trop étroite. D'abord, l'art. 581 C. pr. civ. a rendu insaisissables les sommes et provisions pour aliments « *encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables* ». De plus, d'après le même texte, d'autres dettes que celles d'aliments peuvent être insaisissables. Or, comme nous l'avons expliqué, le motif de la disposition de l'art. 1293-3° se rencontre toutes les fois qu'une dette a ce caractère. Il s'ensuit que toutes les fois qu'une dette est insaisissable, la compensation est impossible. Cela revient à dire que, nonobstant les termes de l'art. 1293, il ne s'agit pas ici d'une exception et que la saisissabilité est une condition de la compensation (4).

En vertu de notre principe, la compensation légale est impossible en ce qui concerne les rentes constituées, en cas d'accidents du travail, par application de la loi du 9 avril 1898, car elles sont déclarées insaisissables (art. 3, al. 1er), et leur caractère alimentaire est incontestable (5).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 625-3°, édit. Dupin, I, p. 373.

(2) Fenet, XIII, p. 283 ; Locré, XII, p. 384, n. 163, dernier alinéa.

(3) V. C. civ. allem., art. 394 ; C. civ. japon., art. 510.

(4) Planiol, II, 1re édit., n. 605, et 2e édit., n. 578. — V. aussi Marcadé, IV, n. 832, al. 2 ; — Colmet de Santerre, V, n. 244 *bis*-X ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 234 et 5e édit., p. 390 ; Larombière, V, p. 173, *in fine* (art. 1293, n. 8, al. 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 601 ; Laurent, XVIII, n. 448 ; Huc, VIII, n. 161 *in fine*. — Civ. cass., 17 mai 1831, S., 31. 1. 209, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2729-2°.

(5) V. rapport d'ensemble par M. Duché, *Journ. offic., Doc. parl.*, 1887 (session extraord.), p. 386.

Au surplus, ces rentes, étant déclarées non seulement insaisissables, mais encore incessibles, ne sauraient être davantage l'objet d'une compensation facultative ou d'une compensation reconventionnelle (1).

Quant aux indemnités journalières prévues par l'alinéa 4 de l'art. 3 de la même loi, elles ne sont, croyons-nous, insaisissables, et, par conséquent, la compensation n'est exclue quant à elles, que si, en fait, elles ont le caractère alimentaire (2).

On peut citer dans le même ordre d'idées une disposition de la loi du 12 janvier 1895 *relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et employés*. Elle forme le premier alinéa de l'art. 4. Nous en parlerons bientôt (3).

L'art. 582 C. pr. civ. autorise, dans quelques cas exceptionnels par lui indiqués, la saisie des choses qui, en principe, sont insaisissables. Il n'est pas douteux que, dans les mêmes cas, les dettes qui ont ces choses pour objet peuvent se compenser, puisque la raison qui les soustrait en général à ce mode d'extinction n'existe plus (4).

1851. M. Larombière estime que les créances dotales doivent être assimilées aux créances d'aliments, parce que, à raison de leur caractère de dotalité, elles sont destinées à subvenir aux charges du ménage, à l'entretien et à l'alimentation de la famille et qu'elles ne peuvent jamais être détournées de cette fin, sauf dans les cas où, par exception, le législateur déclare la dot aliénable. « Or, comme la compensation aurait pour effet de les en distraire, en substituant, au préjudice de la femme, un payement purement stérile à un payement utile, tel que l'exige la destination de la dot, il s'ensuit qu'elle ne peut légalement s'accomplir » (5).

Somme toute, M. Larombière donne pour fondement à sa

(1) Aubry et Rau, 5e édit., p. 391, note 4 *ter in fine*.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 2e édit., II, n. 1981. — Cpr. Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 394, note 4 *ter*.

(3) V. *infra*, n. 1860.

(4) Delvincourt, II, p. 579 ; Duranton, XII, n. 453 ; Marcadé, IV, n. 832 *in fine ;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 234, note 4 et 5e édit., p. 390, note 4 ; Larombière, V, p. 174 (art. 1293, n. 8, al. 4) ; Demolombe, XXVIII, n. 602.

(5) Larombière, V, p. 174 (art. 1293, n. 9). — *Contra* Laurent, XVIII, n. 450.

décision le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Il ne nous appartient pas de rechercher s'il est vrai que ce principe se trouve dans la loi [1]. D'après M. Desjardins, il est préférable de justifier la décision de M. Larombière en invoquant uniquement la règle que « la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers ». Art. 1298. Le mari serait un tiers par rapport aux créanciers de la femme qui doivent à celle-ci des deniers dotaux [2].

II. *Cas exceptionnels où la compensation légale n'a pas lieu.*

1852. En principe, deux dettes réciproques sont compensables, alors même que les faits d'où elles résultent ne sont pas de même nature : « *La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes* », dit l'art. 1293, al. 1 [3]. Ainsi ce que vous me devez à titre de prêt se compense avec ce que je vous dois à titre de prix de vente ; ce que vous me devez en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat se compense avec ce que je vous dois à raison d'un délit ou d'un quasi-délit [4].

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, II, n. 1824 s.

(2) Desjardins, *op. cit.*, n. CXXI, p. 409. — *Adde*, dans le même sens, Huc, VIII, n. 161, al. 3.

(3) V. des applications dans Bastia, 26 fév. 1855, S., 55. 2. 207, D. P., 55. 2. 304. — Req., 30 janvier 1860, S., 60. 1. 117, D. P., 60. 1. 306. — A plus forte raison est-il indifférent, au point de vue de la compensation, que les écrits ou actes instrumentaires, au moyen desquels les deux créances ont été constatées, diffèrent entre eux par la forme et que, par exemple, l'un de ces actes soit exécutoire, tandis que l'autre ne l'est pas. — Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n. 2; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 231, texte et note 28, et 5e édit., p. 384, texte et note 28; Demolombe, XXVIII, n. 583; Laurent, XVIII, n. 439. — Sect. civ. rej., 28 messidor an XIII, S. chr., II. 2. 141. — « Si une dette, disait le tribun Jaubert, est établie par contrat et emporte hypothèque, et que l'autre ne soit établie que par un acte sous seing privé, peu importe : *l'authenticité n'a nul rapport avec la compensation* ». — Fenet, XIII, p. 363 *in fine;* Locré, XII, p. 485, n. 50, al. 3. — Req., 7 nov. 1894, S., 98. 1. 509, D. P., 95. 1. 84, *Pand. franç.*, 96. 1. 108.

(4) Aux termes de l'art. 393 du C. civ. allemand : « La compensation n'est pas admise contre la créance née d'un acte illicite volontaire ». Et l'art. 509 du C. civ. japon. est ainsi conçu : « Celui dont la dette est née d'un acte illicite n'est pas admis à opposer en compensation à son créancier la créance qu'il a contre celui-ci » (trad. Motono et Tomii, p. 124). Cette exception n'existe pas dans notre législation.

Mais le législateur apporte à ce principe plusieurs exceptions que nous allons étudier.

A. *Demande en restitution d'une chose injustement enlevée.*

1853. La compensation n'a pas lieu à l'égard « *de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé* ». Ce n'est qu'une application de la vieille maxime « *Spoliatus ante omnia restituendus* » (1). Cette exception a été admise dans l'intérêt de l'ordre public : « Le spoliateur, disait Bigot-Préameneu, ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, être autorisé à retenir ce qu'il a volé; *l'ordre public l'exige* » (2). Si le spoliateur pouvait se prévaloir de la compensation, la paix publique serait gravement menacée : les créanciers, pour être plus sûrement payés, auraient intérêt à s'emparer de choses appartenant à leurs débiteurs, ce qui aurait pour conséquence d'encourager les voies de fait et les actes de violence. On ne conçoit pas que, dans une société bien organisée, les particuliers puissent se faire justice eux-mêmes.

La disposition de l'art. 1293-1° s'applique dès que le propriétaire a été « *injustement* dépouillé ». Or il y a spoliation injuste, non seulement au cas de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, mais aussi toutes les fois que le propriétaire a été dépouillé autrement que par autorité de justice, n'y aurait-il pas d'ailleurs, de la part du spoliateur, infraction à la loi pénale (3).

1854. La plupart du temps, au cas de spoliation injuste, l'application des règles du droit commun suffira pour que la compensation soit impossible, et l'exception dont nous parlons sera, par conséquent, sans utilité. La compensation, nous le savons, ne peut s'opérer qu'entre dettes de quantités. Or,

(1) Sebast. de Medicis, *Tract. de compens.*, p. 2, § 28; Pothier, *Oblig.*, n. 625, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 372).

(2) *Exposé des motifs*. Fenet, XIII, p. 282; Locré, XII, p. 385, n. 163, al. 5. — V. aussi Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 364, Locré, XII, p. 485 *in fine*, n. 50, al. 6.

(3) Larombière, V, p. 166 (art. 1293, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 589 *in fine*; Laurent, XVIII, n. 444; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 388, note 1 *bis*. — V. Civ. rej., 18 juin 1895, S., 99. 1. 493, D. P., 95. 1. 471.

dans notre hypothèse, par l'effet du délit, la chose soustraite constitue nécessairement un corps certain, car elle doit être restituée en nature et individuellement. Et il en est ainsi alors même que la spoliation a porté sur un objet qui, habituellement, est considéré comme une quantité. On voit donc que la compensation est exclue en vertu des principes généraux. Au surplus, alors même que le spoliateur a détruit la chose et se trouve, en conséquence, débiteur d'une indemnité pécuniaire, la compensation, d'ordinaire, demeure impossible, car si, dans ce cas, l'objet de la dette du spoliateur est une somme d'argent, cette somme n'est pas liquide.

L'exception prévue par l'art. 1293-1° ne se rencontre guère que lorsque la chose enlevée est une somme d'argent et que le spoliateur a consommé les espèces par lui soustraites, ou les a confondues avec les siennes. Tant que ce dernier fait ne s'est pas produit, ce qui arrive, par exemple, si le sac étiqueté et cacheté qui contient les espèces dérobées est encore intact, les règles générales suffisent pour interdire la compensation [1].

B. *Demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage.*

1855. La deuxième exception est relative à « *la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage* ». Le dépositaire ou le commodataire à qui la restitution est demandée, ne peut pas y échapper en invoquant la compensation de ce que lui doit le déposant ou le prêteur. Cpr. art. 1885. On voit que, d'après la loi, cette exception se rencontrerait dans deux cas, celui du dépôt et celui du commodat ou prêt à usage. Ces deux cas, sans doute, présentent une grande analogie. Toutefois, nous le montrerons bientôt, en tant qu'il s'agit de découvrir en quoi consiste l'exception décrétée par notre texte, on ne saurait les mettre sur la même ligne.

Le motif de la disposition que nous étudions est le suivant : En lui remettant sa chose, le déposant a fait preuve, à l'égard du dépositaire, d'une confiance toute particulière. Le commo-

[1] Colmet de Santerre, V, n. 244 *bis*-II; Demolombe, XXVIII, n. 590; Planiol, II, 1re édit., n. 608 *in fine*, et 2e édit., n. 581 *in fine*.

dant a agi de même à l'égard du commodataire, et, en outre, il a fait au profit de celui-ci un acte de bienfaisance. Il est donc inadmissible que le dépositaire ou le commodataire puisse, même lorsqu'il devient créancier du déposant ou du prêteur, se dispenser de restituer. S'il opposait la compensation, ce serait contraire à la délicatesse, et, de plus, en ce qui regarde le commodataire, ce serait contraire à la reconnaissance. Cette idée est exprimée très énergiquement dans l'*Exposé des motifs* : « La chose déposée ou prêtée, disait Bigot-Préameneu, est considérée dans les mains du dépositaire ou de l'emprunteur *comme si elle était dans celles du propriétaire. Vouloir la retenir, même sous prétexte de compensation, c'est faire un acte de spoliation* » (1).

1856. Ce qu'on ne voit pas clairement, c'est comment, dans les deux cas prévus, il y a une exception aux règles du droit commun sur la compensation. En effet, la dette née du dépôt ou du prêt à usage, est une dette de corps certain : c'est la chose même par lui reçue que le dépositaire ou le commodataire doit restituer dans son identique individualité, et non une chose semblable; l'impossibilité où il se trouve d'échapper à la restitution dont il est tenu, en invoquant la compensation de ce que lui doit le déposant ou le prêteur, est donc une application toute simple des règles du droit commun, qui interdisent la compensation des dettes de corps certains, et on se demande pourquoi notre texte l'a présentée comme une exception à ces règles.

Cependant, en ce qui concerne le dépôt, il peut arriver que l'art. 1293-2° ait sa raison d'être. Il en est ainsi dans l'hypothèse du dépôt *irrégulier*. Par exemple, je vous confie à titre de dépôt une somme de 1,000 fr., que je vous remets à découvert; il est convenu entre nous que vous aurez le droit de confondre cet argent avec le vôtre, et que vous me restituerez, non pas les espèces mêmes que je vous ai livrées, comme vous seriez tenu de le faire si je vous les avais remises enfermées dans un sac étiqueté et cacheté, mais seulement une somme semblable : c'est le dépôt qui se fait ordinairement

(1) Fenet, XII, p. 282 *in fine* et p. 283; Locré, XII, p. 385, n. 163, al. 6.

chez les banquiers. Le dépositaire, nous le répétons, est alors débiteur d'une quantité, et les règles du droit commun l'auraient autorisé à se libérer par la voie de la compensation. Mais l'art. 1293-2° s'y oppose (1).

En dehors de cette hypothèse, la disposition qui nous occupe ne présente, notamment en ce qui regarde le dépôt, aucune utilité (2). Telle est, du moins, notre opinion. Mais si, à raison de la généralité des termes de l'art. 1293-2°, on objecte que ce texte concerne aussi le dépôt régulier, la difficulté devient la même pour le dépôt que pour le commodat.

Quant à ce dernier contrat, on n'a pas, comme pour le dépôt, la ressource de dire que les auteurs du Code ont eu en vue l'hypothèse où il porte sur des choses fongibles. S'il existe un dépôt irrégulier, il n'existe pas de commodat irrégulier. Lorsque le prêt a pour objet des choses fongibles, il ne constitue pas un prêt à usage, mais bien un prêt de consommation. Ainsi le commodat a nécessairement pour objet un corps certain, et, par conséquent, en ce qui le concerne, il est particulièrement difficile, ou plutôt il nous paraît impossible de démontrer l'existence de l'exception. Pothier, d'ailleurs, lorsqu'il traitait de celle-ci, ne parlait pas du commodat; il s'occupait seulement du dépôt (3).

Selon quelques auteurs, l'exception apparaîtrait lorsque le commodataire ou le dépositaire a détruit ou détourné la chose qui lui a été confiée. Dans ce cas, il doit la valeur de cette chose et, s'il y a lieu, des dommages-intérêts. La dette a donc pour objet une somme d'argent, et cependant elle ne serait pas compensable. Sans doute, tant qu'un jugement de

(1) Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 625, al. 2 (édit. Dupin, p. 372). Après avoir cité ce texte de Paul : « *In causa depositi compensationi locus non est* », Pothier ajoute : « Ce texte de Paul doit être entendu *principalement* du dépôt irrégulier... » — D'après la jurisprudence, l'art. 1293-2° ne s'applique pas aux remises de fonds faites à un banquier pour le service d'un compte de chèques. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1887, *Droit* du 20 juillet 1887; 15 mars 1890, *Droit* du 20 avril 1890.

(2) Toullier, VII, n. 385; Duranton, XII, n. 448; Colmet de Santerre, V, n. 244 *bis*-VII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 233, note 2, et 5e édit., p. 389, note 2; Demolombe, XXVIII, n. 592; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXII, p. 412 *in fine;* Vigié, II, n. 1626, p. 738; Planiol, II, 1re édit., n. 609, et 2e édit., n. 582.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 625-2° (édit. Dupin, I, n. 372). — Cpr. le même auteur, *Tr. du prêt à usage*, n. 44, al. 2 (édit. Dupin, IV, p. 19).

condamnation n'a pas été rendu contre le commodataire ou le dépositaire, il n'y a là qu'une application de la règle qui interdit la compensation des dettes non liquides. Mais, d'après ces auteurs, la compensation demeure impossible même après qu'il est intervenu un pareil jugement, par conséquent même après que la dette du commodataire ou du dépositaire est devenue liquide, et c'est alors qu'il y a exception (1).

Nous ne saurions nous ranger à cette opinion. C'est pour « la demande en restitution *d'un dépôt ou d'un prêt à usage* » que le législateur a exclu la compensation ; ces expressions supposent bien que la chose prêtée ou déposée existe encore. Et d'ailleurs, c'est ce qui résulte de la façon dont Jaubert expliquait l'exception qui nous occupe : « La restitution *identique* ne peut être refusée », disait-il (2). On objecte que cette interprétation aboutit à un résultat inadmissible : le commodataire ou le dépositaire pourra, lorsqu'il aura détruit la chose à lui confiée, opposer la compensation ; or il n'en a pas le droit quand il a conservé fidèlement cette chose. Est-il possible que sa déloyauté lui profite ? L'objection n'est point sans réplique : d'abord, puisque l'hypothèse dont nous parlons ne rentre pas dans les termes de l'art. 1293-2°, c'est-à-dire dans les termes de la disposition qui établit l'exception, elle demeure sous l'empire de la règle. Au surplus, dans cette hypothèse, le prêteur ou le déposant aura droit à des dommages-intérêts représentant la réparation complète du préjudice que lui causera la violation du contrat par l'autre partie, et, par conséquent, le résultat de notre système n'a rien de choquant.

Suivant d'autres auteurs, l'exception prévue par l'art. 1293-2° se rencontrerait lorsque le commodat porte sur des choses consomptibles par le premier usage qui, par extraordinaire, sont prêtées seulement *ad ostentationem*, ce qui arrive, par exemple, dans le cas où je prête une somme à un caissier dont la caisse doit être prochainement vérifiée, et qu'il s'engage à me rendre les mêmes espèces (3). Mais, évidemment, cette explication ne saurait être admise. Quand le commodat

(1) Delvincourt, II, p. 578; Valette, cité par Mourlon, II, n. 1450, note.
(2) Fenet, XIII, p. 364; Locré, XII, p. 486, n. 163.
(3) Toullier, VII, n. 363 ; Duranton, XII, n. 448.

a pour objet des choses consomptibles par le premier usage, ces choses, puisqu'il s'agit d'un commodat, ne sont pas considérées comme fongibles ; sans quoi, nous le répétons, il n'y aurait pas commodat, mais prêt de consommation. Donc, en pareil cas, les choses dont il s'agit sont considérées comme corps certain, et la compensation est exclue par les principes généraux (1).

Enfin plusieurs auteurs, tout en repoussant cette explication en tant qu'elle prétend prouver l'existence de l'exception, estiment que c'est pour avoir confondu les choses fongibles avec les choses consomptibles que, dans le 2° de l'art. 1293, le législateur parle du prêt à usage, et ils font observer que les rédacteurs du Code ont commis ailleurs cette confusion. V. art. 1892 (2). Cette dernière explication ne manque pas de vraisemblance. On peut, d'ailleurs, en proposer une autre : si, dans le titre des *Contrats ou des obligations conventionnelles,* le législateur a suivi habituellement Pothier, il s'est parfois inspiré de Domat. Or celui-ci, à la différence de Pothier, présentait l'exception comme relative non seulement au dépôt, mais aussi au commodat : « Le dépositaire *et celui qui a emprunté par un prêt à usage*, disait-il, ne peuvent compenser ce qu'ils ont à l'un de ces titres avec une dette que le maître de la chose déposée ou empruntée pourrait leur devoir » (3). Il se peut que, trouvant cette décision dans Domat, les rédacteurs du Code l'aient reproduite sans en apercevoir l'inutilité (4).

L'art. 1293 ne contient pas d'exception en ce qui concerne

(1) Marcadé, IV, n. 831, et les auteurs que nous citons à la note suivante.

(2) Desjardins, *op. cit.*, n. CXXII, p. 414 ; Troplong, *Prêt*, n. 130 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 234, note 3, et 5e édit., p. 389, texte et note 3 ; Larombière, V, p. 170 (art. 1293, n. 4) ; Demolombe, XXVIII, n. 597.

(3) *Lois civiles*, première partie, liv. IV, tit. II, sect. IV, n. 6 (édit. Rémy, II, p. 251). — Pocquet de Livonnière disait aussi : « Les sommes dues pour cens, pour droits seigneuriaux et féodaux, pour aliments, pensions et nourritures, pour recelés, vols et larcins, *pour prêt commodat*, pour l'exécution d'un retrait, *les dépôts volontaires* ou nécessaires ne sont pas sujets à la compensation ». *Les règles du droit français*, liv. IV, ch. VIII, sect. I, règle VI, nouv. édit. (1768), p. 389.

(4) V., pour l'historique de l'exception relative au dépôt, Desjardins, *op. cit.*, n. LXXXVI, 2, p. 302-304, et, pour l'historique de l'exception relative au prêt à usage, le même ouvrage, LXXXVI, 3, p. 304 *in fine* et 305.

les créances ou les dettes nées du mandat. La compensation est donc possible quant à elles, et, par exemple, les sommes reçues par le mandataire pour le compte du mandant sont compensables avec les dépenses d'administration faites par le mandataire pour l'exécution du mandat [1].

C. *Contributions dues à l'État ou aux communes* [2].

1857. Les créances de l'État, en matière d'impositions, ne sont pas compensables. Cette décision a toujours fait partie de notre droit public [3]. On lit à son sujet dans le procès-verbal de la séance du conseil d'État du 25 brumaire an XII : « Le consul Cambacérès rappelle que jamais la compensation n'a été admise à l'égard des impositions. Peut-être serait-il utile d'énoncer le principe dans cet article. — M. Bigot-Préameneu répond que la disposition étant dans l'ordre civil est étrangère aux impositions qui tiennent à l'ordre public. Rien ne doit en arrêter le paiement : *l'intérêt général exige que l'État ne soit pas privé de ses revenus.* — M. Portalis dit qu'il n'y a de compensation avec le trésor public que lorsqu'il doit à la manière des particuliers et qu'on lui doit de la même manière, c'est-à-dire lorsque la dette naît de contrats régis par le droit civil, comme serait, par exemple, un contrat de vente » [4]. Le motif invoqué par Bigot-Préameneu à l'appui de la décision dont il s'agit n'est pas concluant : si la compensation était admise quant aux contributions, l'État ne serait point privé de ses revenus, puisqu'ils serviraient à le

(1) Req., 5 mai 1873. D. P., 73. 1. 438. — *Sic* Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 388, note 1.

(2) Cpr. C. civ. portugais, art. 767-5o ; C. civ. mexicain, art. 1577-VI ; C. civ. arg. art. 823 ; C. civ. allemand, art. 394.

(3) Domat, *Lois civiles*, première partie, liv. IV, tit. II, sect. II, n. 5 édit. Rémy, II, p. 259) ; Ferrière, *Sur la cout. de Paris*, art. 105, n. 4 : Pothier, *Oblig.*, n. 625, al. final (édit. Dupin, I, p. 374 ; Despeisses, *Tr. des tailles et autres impositions*, liv. I, tit. IV, *Des collecteurs*, sect. III, n. 15-16 (*Œuvres*, nouv. édit., 1750, III, p. 359) ; *Tr. des contrats*, part. IV, tit. III, n. 14, 19 et 20 (*Œuvres*, même édit., I, p. 782-783). — Ce dernier auteur cite à l'appui de sa proposition un arrêt de la cour des Aydes de Montpellier, du 30 juin 1632 (tailles), III, p. 359, col. 1. — Dans le même sens, arrêt du Parlement de Dijon du 17 août 1603, cité par Bouvot, II, v° *Taille*, quest. 61, et par Brillon, *Dict. des arrêts, eod.* v°, n. 69 (III, p. 674, col. 2).

(4) Fenet, XIII, p. 90 ; Locré, XII, p. 186, n. 15.

libérer. Qu'importe qu'il les touche, s'il est obligé ensuite de les consacrer au paiement de la dette qu'on a soustraite à la compensation? Dans les deux cas, l'emploi des revenus de l'État est le même (1).

Quoi qu'il en soit, l'exception n'est guère contestée (2). Si on l'admet, on ne saurait en restreindre arbitrairement la portée. Elle concerne donc aussi bien les contributions indirectes que les contributions directes. C'est ce que la cour de cassation a décidé quant aux droits d'enregistrement (3).

1858. La loi du 14 avril 1819 est venue apporter une dérogation au principe que la compensation n'a pas lieu en matière d'impositions (4). Le propriétaire d'une inscription de rente peut en compenser les arrérages avec ses contributions *directes* (5).

De plus, il est de jurisprudence que la compensation s'opère entre un droit indûment perçu par l'administration de l'enregistrement et partant restituable et un droit que cette même administration peut percevoir régulièrement (6).

(1) Laurent, XVIII, n. 453.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Compensation*, § 3, n. 3, et *Quest. de droit, eod.* v°, § 3; Toullier, VII, n. 379; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 235, texte et note 6, et 5e édit., p. 393, texte et note 6; Larombière, V, p. 176 (art. 1293, n. 10); Planiol, II, 1re édit., n. 611, et 2e édit., n. 584.

(3) Sect. civ. cass., 8 vendémiaire an XIV, S. chr., II. 1. 164; D., *Répert. alph.*, v° *Enregistrement*, n. 5151 *in fine*. On lit dans cet arrêt : « Considérant... que ces droits (les droits d'enregistrement) sont assimilés, par leur destination, aux contributions directes; que, la compensation des créances sur le trésor public avec le montant des contributions directes n'ayant jamais été admise, on ne peut non plus l'admettre à l'égard des contributions indirectes, dont la destination est essentiellement la même ». — *Adde* dans le même sens, Sect. civ. cass., 11 mai 1807, S. chr., II. 1. 286, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5536. — Trib. civ. Seine, 23 déc. 1871, D. P., 72. 3. 5.

(4) Cpr. ordonnance des 14-23 avril 1817, tit. IV, *Compensation des arrérages de rentes avec les contributions directes*, art. 13-18.

(5) Ce texte va même plus loin. En voici les termes : « Tout propriétaire d'inscriptions directes ou d'inscriptions départementales qui voudra en compenser les arrérages, soit avec ses contributions directes, *soit avec celles d'un tiers à ce consentant*, en fera la déclaration au receveur général, qui se chargera de la recette desdits arrérages et de l'application de leur montant au paiement de ces contributions, dans quelque lieu qu'elles doivent être appliquées ».

(6) Solution admin. enreg., 10 juin 1831, S., 35. 2. 337, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5434-1°. — Cpr. Civ. rej., 30 janv. 1855, S., 55. 1. 130, D. P., 55. 1. 120. — Sol. admin. enreg., 12 oct. 1888, *Répert. de l'Enreg.*, 1889, p. 426, D. P., 89. 5.

Si cette décision est fondée, il faut y voir une anomalie [1].

Ainsi qu'il résulte des paroles de Portalis citées plus haut, la compensation est possible à l'égard du trésor public quand il doit « à la manière des particuliers », c'est-à-dire en vertu d'un contrat, et « qu'on lui doit de la même manière ». Il en est ainsi, par exemple, quand l'Etat est à la fois débiteur et créancier d'entrepreneurs de travaux publics, alors même que les créances respectives de l'Etat et des entrepreneurs n'ont pas pris naissance à propos des mêmes travaux [2]. Il en est ainsi encore quand un particulier, directeur d'une manufacture appartenant à l'Etat, est tout à la fois débiteur et créancier du même ministère [3].

Toutefois, en pareil cas, la compensation est subordonnée à cette condition que l'Etat soit représenté, comme créancier et comme débiteur, par la même administration ou régie et que la compensation ne mette aucun trouble dans la comptabilité financière. C'est de tradition dans notre droit public [4], et tous les auteurs se prononcent dans ce sens [5].

Quant à la compensation entre des droits de mutation restituables et des droits pouvant faire l'objet d'une perception régulière, elle ne saurait avoir lieu que si les droits restituables ont été perçus dans un bureau du même arrondissement que celui où doivent être perçus les droits au sujet desquels la compensation est opposée [6]. Et même, d'après l'administration de l'enregistrement, la compensation n'est possible que si la seconde perception doit avoir lieu dans le bureau où la première a été faite [7].

496. — V. aussi Civ. cass., 6 fév. 1833, S., 33. 1. 233, D., *op.* et v°, n. 2401 et 5434. — Mais cette solution n'est plus applicable quand le droit perçu en trop l'a été régulièrement. Arg. art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII. — *Sic* Civ. rej., 4 avril 1864, D. P., 64. 1. 298.

(1) Desjardins, *op. cit.*, n. CXLVI, p. 486 ; Laurent, XVIII, n. 454 *in fine*.

(2) Civ. cass., 12 janv. 1841, S., 41. 1. 129, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 2673.

(3) Décr. cons. d'Etat, 8 janv. 1810, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2729-3°.

(4) Ferrière et Pothier, *op.* et *loc. cit.*

(5) Merlin, Toullier et Larombière, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 235, texte et note 7, et 5e édit., p. 394, texte et note 7 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXLVI, p. 487 *in fine*.

(6) Trib. Cholet, 29 avril 1863, *Journ. Enreg.*, art. 17886.

(7) Trib. civ. Seine, 4 déc. 1850, *Journ. Enreg.*, art. 15091. — Trib. Corbeil, 23 août 1851, *Contrôleur de l'Enreg.*, n. 10389. Instr. admin. enreg., n. 1649.

1859. Il faut pour les créances des communes, comme pour celles de l'Etat, distinguer entre les impositions et les créances analogues à celles des particuliers : les premières échappent à la compensation ; mais il en est autrement des secondes [1].

Le recouvrement des droits de voirie étant fait dans la ville de Paris comme en matière de contributions directes (décret du 27 octobre 1808, art. 6), un propriétaire ne peut pas se refuser à les acquitter en opposant en compensation à la ville une somme dont elle lui serait redevable [2].

Dans le même ordre d'idées, il a été décidé par le conseil d'Etat que les créanciers d'une association syndicale ne peuvent pas, quand cette association leur réclame le paiement de taxes, lui opposer la compensation, l'art. 15 de la loi du 21 juin 1865 portant que le recouvrement des taxes syndicales est fait comme en matière de contributions directes [3].

D. *Créance des salaires d'ouvriers.*

1860. Enfin une autre exception a été créée par la loi du 12 janvier 1895 *relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et employés.* Elle est écrite dans l'art. 4, dont le 1er alinéa porte : « Aucune compensation ne s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires dus par eux à leurs ouvriers et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature... » Bien que ce texte ne vise littéralement que les salaires des *ouvriers,* il s'applique également aux gens de service, employés et commis. Cela résulte, à l'évidence, des travaux préparatoires.

En établissant cette exception, le législateur de 1895 a voulu faire cesser les abus auxquels donnait lieu le *truck system* (système du troc ou de l'échange). Il arrivait que des

[1] Desjardins, *op. cit.*, n. CXLVI, p. 488. — Aix, 11 janvier 1899, D. P., 1900. 2. 33.

[2] Cons. d'Etat, 11 février 1898, D. P., 99. 3. 47.

[3] Cons. d'Etat, 10 janv. 1890, et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Valabrègue, S., 92. 3. 39, D. P., 91. 3. 57; 8 nov. 1890, D. P., 92. 5. 44.

patrons adjoignaient à leurs fabriques ou à leurs usines des économats destinés à fournir à leurs ouvriers toutes les choses nécessaires à la vie (aliments, combustible, vêtements, etc...) Certains d'entre eux, dans la façon dont ils administraient ces économats, n'avaient point en vue l'intérêt de leurs ouvriers et cherchaient uniquement à réaliser des bénéfices supplémentaires [1]. Moralement obligés de se pourvoir aux établissements tenus par leurs patrons, les ouvriers, quand venait le jour de la paie, se voyaient opposer la compensation. Souvent ils ne touchaient rien, le prix de leurs achats égalant ou même dépassant le total de leurs salaires. C'est pour mettre un terme à ces abus qu'on a décrété la disposition dont nous parlons.

Cependant il est certaines créances des patrons auxquelles cette disposition ne s'applique pas. L'article dont nous avons cité le commencement ajoute, en effet : «... à l'exception toutefois : 1° des outils ou instruments nécessaires au travail ; 2° des matières et matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage ; 3° des sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets ». Ces fournitures et avances présentent pour les ouvriers une importance considérable ; il ne fallait donc pas que l'exclusion de la compensation provoquât les patrons à ne pas les faire [2].

Mais voyons en quoi consiste l'exception que nous venons de trouver dans la loi du 12 janvier 1895. Cette loi dispose en ces termes, dans son art. 1er : « Les salaires des ouvriers et gens de services ne sont saisissables que jusqu'à concurrence du dixième, quel que soit le montant de ces salaires. Les appointements ou traitements des employés ou commis et des fonctionnaires ne sont également saisissables que jusqu'à concurrence du dixième lorsqu'ils ne dépassent pas 2.000 fr. par an ». Donc, si la loi de 1895 ne s'était pas expliquée relativement à la compensation, celle-ci n'en eût pas moins été

[1] V. le rapport de M. Régismanset, p. 11 et 12.

[2] Il semble que, par leur nature même, ces fournitures et avances ne puissent être faites qu'à des ouvriers. Cependant si, dans des cas exceptionnels, elles ont été faites à des employés ou commis, la disposition finale de l'art. 4 serait certainement applicable.

exclue pour les neuf dixièmes des salaires, appointements ou traitements dont il s'agit, car, en vertu d'un principe général, par nous étudié plus haut, les créances ayant pour objet des choses insaisissables ne peuvent pas s'éteindre par la compensation (1). Il en résulte que l'exception existe seulement en ce qui regarde le dixième saisissable.

III. *Comment s'opère la compensation légale et quels sont ses effets.*

A. *Comment s'opère la compensation légale.*

1861. Aux termes de l'art. 1290 : « *La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives* » (2).

Sans doute, en fait, comme, la plupart du temps, le juge ignore l'existence de la compensation, il est indispensable que le défendeur la lui révèle et que, par conséquent, il l'allègue en justice et fasse la preuve de sa créance, mais cela n'empêche pas que la compensation se produise par la seule force de la loi, car, dès que le juge a constaté la coexistence des deux dettes et la réunion des conditions exigées pour la compensation, il doit déclarer que celle-ci a eu lieu à l'instant même où les deux dettes ont coexisté (3).

Faut-il en conclure que le juge peut faire d'office une pareille déclaration ? La question est discutée. C'est l'affirmative que nous croyons fondée. Elle suppose, toutefois, que le juge est saisi de demandes respectives, sans quoi, il n'aurait pas le pouvoir de statuer sur la créance du défendeur. On ne saurait puiser une objection dans le texte qui

(1) V. *supra*, n. 1850.

(2) « Lorsqu'on dit que la compensation se fait de plein droit, *ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, *sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties* ». — Pothier, *Oblig.*, n. 635, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 380).

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 1, n. 5; Duranton, XII, n. 382; Colmet de Santerre, V, n. 241 *bis*-I, al. 2 *in fine;* Larombière, V, p. 115 (art. 1290, n. 1, al. 2 ; Laurent, XVIII, n. 380.

refuse aux tribunaux le droit de suppléer d'office le moyen tiré de la prescription (art. 2223), car l'art. 1290 déclare formellement que la compensation a lieu « par la seule force de la loi » (1).

Le principe que la compensation a lieu par la seule vertu de la loi ne s'oppose point à ce que celui qui est à la fois créancier et débiteur d'une même personne, puisse la poursuivre pour faire constater sa créance. Puisque la compensation ne s'opère que par le concours des deux dettes réciproques, celui des deux créanciers qui n'est pas pourvu d'un titre, peut évidemment, afin d'être en état d'opposer la compensation, provoquer un jugement qui reconnaisse ses droits (2).

1862. Comme le paiement proprement dit, la compensation peut être invoquée en tout état de cause et même pour la première fois en appel. Art. 464 C. pr. civ. Et, dans cette dernière hypothèse, peu importe que la créance opposée en compensation soit née depuis le jugement ou postérieurement à l'appel (3); peu importe aussi qu'elle soit supérieure à celle du demandeur et que celui-ci doive, par l'effet de la compensation, être condamné à payer l'excédent de sa dette. Cette décision n'est pas contraire au principe du double degré de juridiction (4).

1863. La compensation est opposable même après une condamnation passée en force de chose jugée. Le débiteur ne cesse pas alors de pouvoir opposer le paiement, car on doit le considérer comme ayant été condamné à payer en deniers

(1) *Sic* Merlin, *op.* et v° *cit.*, n. 4; Lair, *op. cit.*, p. 245; Desjardins, *op. cit.*, n. cv, p. 358; Demolombe, XXVIII, n. 643. — *Contra* Duranton, *loc. cit.*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 236, et 5e édit., p. 395 *in fine* et p. 396, texte et note 1 *bis*; Planiol, II, 1re édit., n. 614, et 2e édit., n. 587.

(2) Larombière, V, p. 115 (art. 1290, n. 2) : Demolombe, XXVIII, n. 644.

(3) Larombière, V, p. 116 (art. 1290, n. 2, al. 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 645; Laurent, XVIII, n. 386, p. 410. — Civ. cass., 24 déc. 1859, S., 51. 1. 24. D. P., 51. 1. 31.

(4) Chauveau sur Carré, n. 1674 *ter*; Larombière et Laurent, *loc. cit.*; Demolombe, XXVIII, n. 646. — Req., 10 janv. 1853, S., 53. 1. 624. D. P., 53. 1. 193 : « Attendu.. , dit la cour de cassation dans cet arrêt, que cet art. (art. 464 C. pr. civ.) ne distingue pas et ne devait pas distinguer entre le cas où la compensation a seulement pour effet d'éteindre l'action principale, et celui où, supérieure au chiffre de cette action, elle peut devenir elle-même la cause d'une condamnation ».

ou quittances. Il s'ensuit que la compensation peut encore être invoquée, elle qui, au point de vue de l'effet extinctif, est assimilée au paiement. Le défendeur a bien été condamné à payer sa dette; mais rien ne fait obstacle à ce qu'il la paie par voie de compensation [1].

B. *Effets de la compensation légale.*

1864. La compensation légale équivaut à un double paiement qui aurait lieu à l'instant où les deux dettes coexistent. Au point de vue de ses effets, la situation est donc la même que si chacune des deux dettes avait été payée à cette époque. Appliquons cette idée générale :

1° Les deux dettes sont éteintes. Au cas d'inégalité, la plus faible est éteinte en totalité, et l'autre, jusqu'à concurrence du montant de la première. Art. **1290.** Il arrivera ainsi que le créancier de la dette la plus forte se trouvera forcé de recevoir par la voie de la compensation un paiement partiel, contrairement au principe formulé dans l'art. **1244**, al. **1.** Mais comment se plaindrait-il? En supposant qu'il pût exiger un paiement intégral, il serait immédiatement tenu de payer lui-même sa propre dette, et, ce double paiement une fois fait, il ne conserverait en définitive que l'excédent de sa créance sur sa dette : c'est précisément la situation où la compensation le place, avec une simplification, qui consiste à éviter deux paiements inutiles [2].

2° Les intérêts des créances éteintes par la compensation cessent immédiatement de courir, alors même que ces créances produisaient des intérêts inégaux ou que l'une d'elles seulement en produisait.

3° Par l'effet de la compensation, les accessoires de chacune de ces créances, tels que privilèges, hypothèques, cautionnements, etc..., sont éteints.

D'où la disposition de l'al. 1er de l'art. **1294** : « *La caution*

[1] Merlin, *op.* et v° *cit.*, § 1, n. 5; Duranton, XII, n. 459; Aubry et Rau, IV, p. 236 texte et note 2, et 5e édit., p. 396, texte et note 2; Desjardins, *op. cit.*, n. cv, p. 358; Demolombe, XXVIII, n. 647; Laurent, XVIII, n. 386, p. 409 *in fine.* — Sect. req., 29 mai 1817, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2738-3°.

[2] V. notre tome II, n. 1478.

peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ». La compensation s'étant opérée de plein droit entre le débiteur principal et le créancier, la caution, par là même, s'est trouvée libérée. Cette disposition n'est qu'une application de ce principe que l'accessoire ne saurait survivre au principal et que, par suite, comme le dit le premier alinéa de l'art. 2036, « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette » (1).

4° La prescription qui courait avant la compensation ne peut plus s'accomplir une fois la compensation opérée. Un créancier pourra ainsi quelquefois échapper à une prescription imminente. Vous me devez 10.000 fr. depuis de longues années : la veille du jour où la prescription de ma créance va s'accomplir, je deviens, à mon insu peut-être, votre débiteur d'une somme égale à celle que vous me devez. La compensation s'opère immédiatement, et je pourrai vous l'opposer plus tard, si vous venez me demander le paiement de ma dette, même après l'expiration du délai fixé pour la prescription de ma créance (2).

5° Aux termes de l'art. 1297 : « *Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256* ». Ainsi, lorsque, au moment où je deviens votre créancier d'une somme liquide et exigible, je me trouve être moi-même débiteur envers vous de plusieurs dettes de sommes d'argent également liquides et exigibles, il faut, pour savoir quelle est celle de ces dettes qui est éteinte par la compensation, se demander quelle est celle qui aurait été éteinte si je vous avais fait un paiement. Il faut, en d'autres termes, appliquer les dispositions de l'art. 1256, c'est-à-dire les règles relatives à l'imputation faite par la loi elle-même,

(1) Marcadé, IV, n. 834; Colmet de Santerre, IV, n. 246 *bis*-I; Demolombe, XXVIII, n. 549; Laurent, XVIII, n. 423; Huc, VIII, n. 163, p. 210.

(2) Toullier, VII, n. 389; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 237, et 5e édit., p. 397; Desjardins, *op. cit.*, n. cxxv; Demolombe, XXVIII, n. 651; Laurent, XVIII, n. 460. — Sect. civ., 3 février 1819. S. chr., VI. 1. 20-21, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2646-3o. — V. une application intéressante dans Civ. rej., 30 janv. 1855, S., 55. 1. 130, D. P., 55. 1. 120.

car, par la force des choses, au cas de compensation, il ne peut être question d'imputation faite par le créancier ou par le débiteur.

Cette décision, qui a été empruntée à Pothier, suppose évidemment, comme le faisait observer ce jurisconsulte, que les dettes dont je suis tenu envers vous ou, au moins, que deux de ces dettes ont pris naissance avant que je devinsse votre créancier; sans quoi, la compensation aurait forcément éteint celle de mes dettes qui, seule, se trouvait coexister avec ma créance [1].

Si l'une des créances respectives était supérieure à l'autre, les trois effets que nous venons d'énumérer au 2°, au 3° et 4°, ne se produiraient que dans la mesure de la plus faible, et, par conséquent, pour l'excédent, les intérêts continueraient à courir, les accessoires subsisteraient, et la prescription pourrait s'accomplir.

1865. Au cours de notre énumération des effets de la compensation, nous avons rapporté cette disposition du premier alinéa de l'art. 1294 : « *La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal* ». D'autre part, comme on l'a vu, l'alinéa 3 du même article dispose en ces termes : « *Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur* ». Ainsi, au point de vue de la compensation, le législateur ne traite pas de la même façon le débiteur solidaire et la caution. De là une grave difficulté en ce qui regarde la caution solidaire, l'engagement de celle-ci tenant à la fois du cautionnement et de la solidarité.

A notre avis, la caution solidaire reste sous l'empire du premier alinéa de l'art. 1294; elle peut donc se prévaloir de la compensation survenue entre le débiteur principal et le créancier. La caution qui s'est obligée solidairement avec le débiteur principal, n'en est pas moins une caution [2], et, par

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 638, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 384). — Demolombe, XXVIII, n. 655; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 398. — Req., 2 mai 1860, S., 61. 1. 540, D. P., 61. 1. 104.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du caution.*, n. 919, et les autorités citées. — V. aussi notre tome II, n. 1275.

conséquent, le premier alinéa de l'art. 1294, qui est conçu en termes généraux, s'applique aussi bien à elle qu'à la caution simple. On objecte la disposition de l'art. 2021 : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens ; à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou *à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires* ». Mais il ne faut point attribuer à ces derniers mots une portée absolue. La section où figure l'art. 2021 est relative exclusivement au bénéfice de discussion et au bénéfice de division. C'est donc seulement quant à la question de savoir si la caution solidaire peut invoquer ces deux bénéfices que le législateur applique à l'engagement de cette caution les principes qui gouvernent les dettes solidaires. Il ne résulte d'aucun texte que la caution solidaire doive être considérée comme ayant renoncé au bénéfice de la disposition de l'art. 1294, al. 1, et, en admettant même qu'il y eût quelque doute sur ce point, il faudrait, par application de l'art. 1162, se prononcer en faveur de cette caution [1].

IV. *De la renonciation à la compensation.*

1866. La compensation légale a été admise dans l'intérêt des parties, dont elle simplifie la situation en supprimant deux paiements inutiles. C'est une faveur légale; les intéressés peuvent donc y renoncer, car les faveurs ne s'imposent pas.

[1] *Sic* Toullier, VII, n. 376, note 1 ; Duranton, XII, n. 423; Pont, *Petits contrats*, II, n. 416; Colmet de Santerre, V, n. 246-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 675, texte et note 8 ; Demolombe, XXVIII, n. 557 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXVI, p. 438 ; Laurent, XVIII, n. 427 ; Marcel Fournier, *Le cautionnement solidaire*, dans *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. série, XVI (1887), n. 37, p. 50-51 (tirage à part, p. 38-39) ; Charles Tartari, *Nature et effets du cautionnement solidaire, Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, II, 1890, p. 451-452; Huc, VIII, n. 164 *in fine*, p. 212. — Toulouse, 14 août 1818, S. chr., V. 2. 413, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2686. — *Contra* Marcadé, IV, n. 840: Lair, *De la compensation*, p. 253. — Colmar, 16 juin 1821, *Journ. du Pal.*, nouv. et 3e édit., XVI (juillet 1820-1821), p. 676, col. 2 *in fine*.

Ils peuvent, soit renoncer à la compensation acquise [1], soit aussi, du moins d'après l'opinion générale, renoncer d'avance au droit de se prévaloir de la compensation [2].

A. *De la renonciation à la compensation acquise.*

N° 1. Généralités.

1867. Conformément au droit commun, cette renonciation ne se présume pas. Il n'est pas nécessaire, toutefois, qu'elle soit expresse [3]. La loi prévoit elle-même deux cas de renonciation tacite à la compensation acquise. Ce ne sont pas les seuls [4]. Ici, comme partout, la renonciation tacite ne peut s'induire que de faits qui la supposent nécessairement. On décide, en conséquence, que la demande de paiement faite par l'un des deux créanciers n'implique pas renonciation à la compensation, car, ainsi que le dit fort bien M. Demolombe, « il n'y a point encore là un acte consommé d'où l'on soit fondé à induire une conséquence accomplie et irréparable » [5]. De même celui qui a signé *ad honorem* à un contrat de mariage n'a pas perdu pour cela le droit d'invoquer la compensation contre l'un des époux au sujet d'une créance mentionnée dans ce contrat [6]. Il y a, au contraire, renonciation à la compensation, lorsque les deux dettes respectives étant exigibles, les parties conviennent que l'une d'elles sera désormais affectée d'un terme.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 238, et 5e édit., p. 398; Larombière, V, p. 202 (art. 1295, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 603-604; Desjardins, *op. cit.*, p. 452; Thiry, III, n. 85; Planiol, II, 1re édit., n. 618, et 2e édit., n. 591. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 461. — V. cependant en sens contraire Miller, *Encyclopédie du droit*, v° *Compensation*, n. 82-85.

(2) V. *infra*, n. 1881.

(3) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVIII, n. 607; Desjardins, *op.* et *loc. cit.*; Laurent, XVIII, n. 462; Thiry, *loc. cit.* — « Attendu que la compensation s'opère, il est vrai, de plein droit, aux termes de l'art. 1290 C. civ., mais que cet effet légal peut être détruit par la volonté des parties ou de l'une d'elles quand elles ont expressément ou tacitement renoncé à cette compensation ». — Grenoble, 1er mars 1892, D. P., 92. 2. 222.

(4) V. Req., 11 mai 1880, S., 81. 1. 107, D. P., 80. 1. 470. — Grenoble, 1er mars 1892, précité.

(5) Larombière, V, p. 203 (art. 1295, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 610.

(6) Amiens, 20 nov. 1895, D. P., 97. 2. 502.

Conformément encore au droit commun, la renonciation dont nous parlons doit s'interpréter restrictivement. Le débiteur qui a fait un paiement partiel conserve donc le droit d'opposer la compensation pour le surplus de sa dette [1].

La loi ne s'occupe pas de la renonciation expresse.

1868. Quel sera l'effet de la renonciation à la compensation acquise ? Les choses se passeront en principe comme s'il n'y avait pas eu de compensation, et, par suite, les créances éteintes par la compensation revivront, sauf cependant le respect des droits acquis à des tiers. Le législateur, nous l'avons vu, ne permet pas qu'on sacrifie cet intérêt en opposant la compensation (art. 1298) ; il ne devait pas, non plus, permettre d'y porter atteinte par la renonciation à la compensation acquise. C'est là un principe général et essentiel.

Ajoutons que si, d'une façon générale, les effets de la compensation sont supprimés entre les parties par la renonciation, il en est autrement quant à l'interruption de la prescription. Cet effet n'est pas susceptible d'être anéanti. Pendant le temps qui s'est écoulé entre la compensation et la renonciation, les parties étaient en droit de considérer les deux créances respectives comme éteintes, et, par conséquent, on ne saurait prétendre qu'en s'abstenant alors d'exercer des poursuites, elles ont fait preuve de négligence. La renonciation à la compensation marque le point de départ d'une nouvelle prescription, car elle constitue une reconnaissance de dette. Mais elle ne saurait faire revivre la prescription qui avait commencé à courir avant la compensation [2].

N° 2. Des cas de renonciation tacite prévus par la loi.

1869. Premier cas. — Nous étudierons d'abord le cas prévu par l'art. 1299, ainsi conçu : « *Celui qui a payé une* » *dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne* » *peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé*

[1] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 238, et 5e édit., p. 398 ; Larombière, V, p. 204 (art. 1295, n. 2, dernier al.) ; Demolombe, XXVIII, n. 608. — Cpr. Req., 17 juill. 1832, S., 33. 1. 76, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2775.

[2] Larombière, V, p. 205 (art. 1295, n. 4, al. 2) ; Demolombe, XXVIII, n. 628 ; Desjardins, *op. cit.*, n. cxxix, p. 446.

» *la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des* » *privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins* » *qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait* » *compenser sa dette* ».

Je vous dois 10,000 fr. ; je deviens unique héritier d'une personne à qui vous devez pareille somme : je suis donc désormais votre créancier d'une somme égale à celle que je vous dois. En supposant les deux dettes liquides et exigibles, la compensation s'opère de plein droit et les éteint l'une et l'autre. Dans ces conditions, vous venez me demander le paiement de votre créance ; au lieu de vous opposer la compensation, comme j'en aurais le droit, je vous paie les 10,000 fr. Quelle sera désormais ma situation soit envers vous, soit envers les tiers? Il faut distinguer.

1870. *a.* Au moment où j'ai payé, je savais que ma dette était éteinte par la compensation, ou, ce qui revient au même, je n'avais pas une juste cause d'ignorer la créance qui s'était compensée avec ma dette. Sauf l'hypothèse où il sera démontré que le paiement a été fait *donationis causa,* la loi interprète la conduite des parties comme impliquant une renonciation réciproque au bénéfice de la compensation : en payant, j'ai renoncé au droit de me prévaloir de la compensation qui avait éteint ma dette, et, en acceptant le paiement, vous avez renoncé vous-même au droit de vous prévaloir de la compensation qui avait aussi éteint la vôtre. Mon ancienne créance revit donc, et j'aurai le droit de vous en réclamer le paiement.

Mais ici s'appliquera le principe, que la renonciation à la compensation accomplie ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers : les garanties attachées à ma créance ne revivront pas à mon profit ; elles ont été éteintes par la compensation, avec la créance qu'elles garantissaient, et je ne puis par mon fait ravir aux tiers le bénéfice que leur a procuré cette extinction [1].

[1] Pothier disait : « Il n'a pas dû être en mon pouvoir, en vous payant volontairement une dette qui était éteinte par la compensation de cette dette avec la créance que j'avais acquise contre vous, de ressusciter ma créance et les hypothèques qui y étaient attachées, au préjudice des créanciers qui me suivaient et du

L'art. 1299 ne parle que des privilèges et des hypothèques. Mais ce qu'il dit pour ces garanties est également vrai pour les cautionnements, car il renferme simplement une application de cette règle générale que la renonciation à la compensation ne saurait préjudicier aux tiers. Cela résulte bien, d'ailleurs, des paroles du tribun Jaubert, dans son rapport à l'assemblée générale du Tribunat, car, avant de prévoir spécialement l'extinction des privilèges et des hypothèques, il formule ainsi le principe : « Il ne serait pas juste... que les tiers souffrissent de ce qu'un débiteur n'aurait pas opposé la compensation » (1). L'obligation des cautions n'est donc pas maintenue lorsque le paiement de la dette par elles garantie a été fait en connaissance de cause (2).

1871. Ainsi le *solvens* ne recouvre pas les garanties de sa créance primitive; mais celle-ci revit. La loi dit, en effet : « ...ne peut plus, en exerçant *la créance dont il n'a point opposé la compensation,* se prévaloir... » Donc, au point de vue de l'action qui lui appartient, celui des deux créanciers qui a payé se trouve dans la même situation que si la compensation ne s'était pas opérée. Il s'ensuit que si son ancienne créance produisait des intérêts, ceux-ci continueront à courir et que, si elle était commerciale avant la compensation, elle conservera ce caractère. Il s'ensuit encore que si son titre était exécutoire, il ne cessera pas de l'être et que s'il renfermait une élection de domicile, cette clause sera toujours applicable.

Cependant quelques auteurs, se fondant sur un passage de Pothier (3), interprètent différemment l'art. 1299. D'après eux,

droit de priorité en hypothèque qui leur avait été acquis par la compensation qui avait éteint nos créances respectives ». *Oblig.*, n. 639, al. 3 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 385).

(1) Fenet, XIII, p. 365 *in fine;* Locré, XII, p. 487, n. 55.

(2) Duranton, XII, n. 457 ; Marcadé, IV, n. 848 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 251-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 238, note 4 et 5e édit., p. 399, note 4; Demolombe, XXVIII, n. 615; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIX ; Laurent, XVIII, n. 465; Huc, VIII, n. 170 *in fine.*

(3) « Si celui qui était mon créancier d'une certaine somme, disait Pothier, est devenu depuis mon débiteur d'autant, et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'ai payé, je répèterai la somme que je lui ai payée, comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti* ». *Oblig.*, n. 639 (édit. Dupin, I, p. 384).

la créance primitive du *solvens* ne revit pas; cela serait contraire aux principes. Le créancier qui a payé peut seulement exercer l'action en répétition de l'indû [1]. Cette seconde théorie produit des conséquences inverses de celles qui découlent de la première.

Mais le texte de l'art. 1299 est formel. Le législateur a voulu qu'entre les parties la compensation fût considérée comme n'ayant pas eu lieu [2].

On peut toutefois se demander si, dans notre hypothèse, le *solvens* n'a pas, à la fois, les deux actions. Plusieurs auteurs se prononcent pour l'affirmative [3]. Mais la réponse à cette question dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir si l'action en répétition de l'indû est subordonnée à cette condition que le paiement a été fait par erreur. C'est dans le commentaire de l'art. 1376 que nous aurons à résoudre cette difficulté.

1872. *b.* Le *solvens* ignorait la créance qui se compensait avec sa dette, et il avait une juste cause de l'ignorer. Il en serait ainsi, par exemple, si la créance que j'aurais pu opposer en compensation m'appartenait en qualité d'héritier d'un parent mort tout récemment, et si, à raison de la distance et de la difficulté des communications, il était impossible qu'au moment du paiement je fusse informé du décès de ce parent. Ici la loi fait revivre non seulement l'ancienne créance du *solvens,* mais aussi les privilèges et hypothèques qui le garantissaient. La compensation qui s'opère de plein droit est une fiction admise par la loi en faveur des parties. Elle ne saurait tourner à leur préjudice [4]. Il en résulte que, nonobstant le

[1] Marcadé, IV, n. 847-848; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-I. — Cpr. Arntz, n. 248 *in fine.*

[2] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 238, et 5e édit., p. 399; Lair, *op. cit.*, p. 256 *in fine*, p. 257 258; Laurent, XVIII, n. 464, al. 2; Vigié, II, n. 1634, al. 3, p. 742; Huc, VIII, n. 170, p. 219; Thiry, III, n. 85, p. 111-112.

[3] Larombière, V, p. 204 (art. 1295, n. 3); Demolombe, XXVIII, n. 620; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXIX, p. 445 *in fine* et 446.

[4] Pothier l'expliquait en ces termes : « La raison est que la compensation étant une fiction de la loi, qui feint que les parties se sont respectivement payées aussitôt qu'elles sont devenues créancières et débitrices tout à la fois l'une de l'autre, cette fiction, qui est établie en faveur des parties entre lesquelles la compensation se fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable, et

silence de l'art. 1299 en ce qui regarde les cautionnements, la disposition de cet article doit, pour cette hypothèse comme pour la précédente, leur être appliquée [1].

Indépendamment de l'action résultant de son ancienne créance, celui qui a payé par erreur une dette éteinte par la compensation, a la *condictio indebiti* ; car, quelque parti que l'on prenne dans la controverse par nous signalée plus haut relativement à l'art. 1376, il se trouve dans les conditions requises pour l'exercice de cette action, puisque le paiement a été fait par erreur [2]. La *condictio indebiti,* bien qu'elle soit une action purement personnelle, pourra quelquefois être plus avantageuse que l'action primitive, parce qu'elle autorisera la réclamation des intérêts dans le cas particulier prévu par l'art. 1378, c'est-à-dire « s'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu ».

Soit dans l'une, soit dans l'autre des deux hypothèses dont nous venons de parler, l'article 1299 s'applique sans qu'il y ait à distinguer suivant que la partie qui a reçu le paiement connaissait la compensation ou l'ignorait.

1873. Conformément aux principes, celui des deux débiteurs qui prétend qu'au moment où il a payé, il avait une juste cause d'ignorer la compensation, doit prouver l'exactitude de son allégation. Art. 1315. Bien qu'on ait soutenu le contraire, il ne suffit pas qu'il justifie d'une cause *probable* d'ignorance. En vain a-t-on dit qu'il s'agit, dans notre cas, de prouver un fait négatif, et qu'il est impossible de fournir la preuve directe d'un pareil fait. La plupart du temps, la preuve d'un fait négatif peut se ramener à la preuve d'un fait positif. D'ailleurs, si l'on démontre véritablement l'existence

qu'elle ne les induirait pas en erreur : un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la loi l'accorde... On ne doit donc pas supposer en ce cas qu'il y a eu une compensation... » *Oblig.*, n. 639, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 385). — Cpr. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 285, al. 2, Locré, XII, p. 387, n. 168, al. 2.

[1] Marcadé, IV, n. 848 ; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-III ; Demolombe, XXVIII, n. 622 ; Laurent, XVIII, n. 465, p. 476.

[2] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 239, texte et note 6, et 5e édit., p. 400, texte et note 6 ; Demolombe, XXVIII, n. 623 ; Desjardins, *op. cit.*, n. cxxx, p. 450. — V. cependant Laurent, XVIII, n. 464, al. 3, p. 474.

de la juste cause, on prouvera implicitement, par la force des choses, l'ignorance elle-même. C'est bien ce qui résulte de l'exemple constamment cité à propos de notre question : je prouve que si j'ai payé nonobstant l'extinction de ma dette par la compensation, c'est parce que, à raison de l'éloignement et des difficultés de communication, je n'avais pas pu encore être informé du décès d'un parent dont j'ai hérité et dans la succession duquel figurait la créance qui s'est compensée avec ma dette ([1]).

1874. Il se peut que celle des parties à laquelle le paiement a été fait l'ait accepté par erreur et qu'elle ait intérêt à être replacée dans la situation où elle était avant qu'il eût lieu. Il en sera ainsi, par exemple, quand sa dette produisait des intérêts, alors que sa créance n'en produisait pas; car, si le paiement est maintenu, les intérêts de cette dette auront continué à courir. Faut-il lui reconnaître le droit de demander que les choses soient rétablies dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement, sauf à restituer au *solvens* ce qu'il lui a remis? Cette solution ne saurait faire difficulté quand le paiement a été fait en connaissance de cause ([2]). Mais, d'après nous, elle doit être admise même dans le cas contraire. Qu'importe que les deux parties à la fois aient ignoré la compensation et que, par conséquent, elles ne puissent, ni l'une ni l'autre, être considérées comme y ayant renoncé? Comment cette circonstance ferait-elle obstacle à ce que l'*accipiens* eût le droit de revenir sur le paiement ([3]).

1875. Second cas. — Le second cas de renonciation tacite à la compensation est prévu par l'art. 1295, qui contient en même temps, dans son alinéa 2, une application du principe que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Voici d'abord le texte : « *Le débiteur qui* » *a accepté purement et simplement la cession qu'un créan-*

([1]) *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 624. — Cpr. Toullier, VII, n. 391. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 239, note 5, et 5e édit., p. 400, note 5.

([2]) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 239 *in fine* et p. 240, texte et note 8, et 5e édit., p. 400-401, texte et note 8; Demolombe, XXVIII, n. 625-626; Laurent, XVIII, n. 464, dernier al., p. 474 *in fine*. — Pau, 10 mai 1826, S. chr., VIII. 2. 233, col. 2, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2752.

([3]) Demolombe, XXVIII, n. 627; Laurent, *loc. cit.*

» *cier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au* » *cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'accepta-* » *tion, opposer au cédant. — A l'égard de la cession qui n'a* » *point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signi-* » *fiée, elle n'empêche que la compensation des créances pos-* » *térieures à cette notification* ».

Une créance est cédée; le débiteur de cette créance (*débiteur cédé* ou *cédé*), créancier lui-même du cédant, peut-il opposer au cessionnaire, qui vient lui demander le paiement, la compensation qu'il pourrait opposer au cédant, si celui-ci n'avait pas fait la cession? En d'autres termes, le cédé peut-il dire au cessionnaire : « Je suis créancier du cédant; s'il avait conservé sa créance, je pourrais lui opposer la compensation; j'use envers vous du droit dont je pourrais user envers lui; il n'a pas pu m'en priver par son fait en vous cédant la créance »? La loi distingue.

1876. *a.* Le débiteur cédé a accepté la cession; il l'a acceptée purement et simplement, c'est-à-dire sans réserves. Il ne pourra opposer au cessionnaire la compensation à raison d'aucune des créances qu'il peut avoir contre le cédant.

Qu'il ne puisse pas opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit postérieurement à l'acceptation du transport, cela va de soi; car, à dater de ce moment, il a cessé *erga omnes* d'être débiteur du cédant, pour devenir débiteur du cessionnaire, et la compensation ne peut s'opérer qu'entre personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Le débiteur cédé a bien été débiteur du cédant; mais il ne l'est plus au moment où il devient son créancier, et, en conséquence, il ne peut plus être question de compensation entre eux.

Mais la loi va plus loin : elle décide que le débiteur cédé ne peut même pas opposer au cessionnaire la compensation *qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant,* c'est-à-dire la compensation à raison de créances nées avant l'acceptation, fussent-elles antérieures à la cession, car le texte ne distingue pas. Ainsi vous me devez 1,000 fr., je vous dois pareille somme; les deux dettes sont liquides et exigibles. Dans ces conditions, je cède à Paul ma créance contre vous;

je lui cède donc une créance qui n'existe plus, puisqu'elle est éteinte de plein droit par la compensation (art. 1290), et, par suite, si l'on s'en tient aux principes, la cession est radicalement nulle et ne saurait produire aucun effet. Incontestablement, vous avez le droit d'en opposer l'inexistence au cessionnaire. Au lieu de cela, vous acceptez purement et simplement le transport. La loi dit que vous ne pourrez pas vous prévaloir de la compensation à l'encontre du cessionnaire; vous devrez donc le payer. Pourquoi cela? Parce qu'en acceptant sans réserves le transport, vous vous êtes reconnu débiteur du cessionnaire, et, par conséquent, vous avez renoncé implicitement à lui opposer une fin de non-recevoir résultant de la compensation. La loi considère cette acceptation comme détruisant l'effet de la compensation et comme faisant revivre par suite la créance qui a été cédée.

1877. Cette disposition s'appliquerait alors même que le cédé aurait eu, au moment où il acceptait la cession, une juste cause d'ignorer l'existence de sa créance. La disposition du premier alinéa de l'article 1295 a, il est vrai, pour fondement, une renonciation tacite du cédé, et on ne peut pas raisonnablement considérer celui-ci comme ayant renoncé à une situation qu'il ignorait. De plus, dans le passage qui a inspiré cette disposition, Pothier supposait que le cédé, au moment de son acceptation, *avait connaissance de sa créance* contre le cédant. Mais le législateur, dans le premier alinéa de l'art. 1295, s'exprime en termes absolus et proscrit, par conséquent, la distinction dont il s'agit. De plus, puisque l'acceptation du cédé a été pure et simple, elle doit produire son effet nonobstant cette circonstance que le cédé ne croyait pas être créancier du cédant. Enfin, si ce dernier était devenu insolvable, le droit pour le cédé d'opposer la compensation au cessionnaire causerait à celui-ci un dommage irréparable. Ce résultat, évidemment, serait contraire à l'équité, d'autant plus que le cédé, en négligeant d'ajouter des réserves à son acceptation, aurait induit en erreur le cessionnaire [1].

[1] *Sic* Delvincourt, II, p. 177-178; Duranton, XII, n. 436; Marcadé, IV, n. 842, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 247 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 240,

1878. Si, par suite de l'acceptation du transport, la créance du cédant revit, il en est forcément de même de celle du cédé. Mais celui-ci peut-il se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges, hypothèques ou cautionnements qui garantissaient sa créance avant la compensation? Oui, si au moment où il a accepté, il avait une juste cause d'ignorer l'existence de sa créance. En d'autres termes, nous appliquons ici la distinction admise par l'art. 1299. Peu importe que, dans ce texte, il ne soit question que du paiement; les motifs de sa disposition se rencontrent aussi dans le cas d'acceptation du transport [1].

1879. Dans les rapports du cessionnaire et du cédé, l'ancienne créance du cédant survit. Le cessionnaire peut donc, si cette créance était commerciale, porter son action devant le tribunal de commerce; il peut également, si le titre de cette créance était exécutoire, invoquer ce titre.

Mais, alors même que le transport a été accepté purement et simplement, le cessionnaire ne peut pas se prévaloir, à l'encontre des tiers, des accessoires qui, avant la compensation, garantissaient la créance du cédant. L'art. 1295 ne dit pas que, dans le cas d'acceptation pure et simple, la compensation est censée ne pas avoir eu lieu. Il dit simplement qu'en l'absence de réserves, le débiteur « *ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation* ». Cette disposition n'a qu'une portée relative. Et cela s'explique facilement : les tiers ont un droit acquis à l'extinction des accessoires dont nous parlons. Conçoit-on qu'ils puissent en être privés par l'imprévoyance ou par la mauvaise foi du cédé [2]?

1880. *b.* Supposons maintenant que le débiteur cédé n'ait

texte et note 9, et 5e édit., p. 401, texte et note 9; Larombière, V, p. 205 (art. 1295, n. 6); Demolombe, XXVIII, 577; Huc, VIII, n. 165, p. 214 *in fine*. — *Contra* Mourlon, II, n. 1453 *quater*.

[1] Duranton, XII, n. 434; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 240, texte et note 10, et 5e édit., p. 402, texte et note 10; Larombière, V, p. 206 (art. 1295, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 581; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXX; Laurent, XVIII, n. 467; Huc, VIII, n. 165 *in fine*, p. 215.

[2] Duranton, XII, n. 435; Colmet de Santerre, V, n. 247 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 240, et 5e édit., p. 401; Demolombe, XXVIII, n. 579; Huc, VIII, n. 165 *in fine*, p. 215. — V. cependant Laurent, XVIII, n. 467, al. 3, p. 479.

pas accepté le transport. Il pourra incontestablement opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit contre le cédant avant la cession. Mais, en ce qui concerne les créances nées à son profit contre le même après la cession, a-t-il le même droit? La loi distingue. Il ne pourra pas opposer la compensation des créances postérieures à la notification du transport; mais il pourra opposer la compensation des créances antérieures. Art. 1295, al. 2. Le transport, en effet, ne devient opposable au cédé qui ne l'a pas accepté qu'à dater du jour où il lui a été notifié (art. 1690); jusque-là, le cédé a le droit de se considérer comme débiteur du cédant, et, par conséquent, s'il devient créancier de celui-ci, la compensation s'opère, et il peut l'opposer au cessionnaire. Que la notification de la cession ne produise pas, au point de vue de la compensation, le même effet que l'acceptation, voilà qui est tout naturel : l'acceptation est, de la part du cédé, un acte de volonté, une adhésion, tandis que, dans la notification, le cédé n'a qu'un rôle passif.

Il n'est pas besoin, bien entendu, pour que le second alinéa de l'art. 1295 soit applicable, que le cédé ait fait des réserves quand la cession lui a été notifiée. Ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, le fait que le cédé a reçu la notification n'emporte point acceptation, et, par suite, on ne conçoit pas que des réserves puissent être exigées [1].

B. *De la renonciation anticipée à la compensation.*

1881. On peut aussi, d'après la très grande majorité des auteurs, renoncer d'avance au droit d'opposer la compensation légale. L'opinion contraire invoque un argument tiré de la disposition de l'art. 2220, qui prohibe la renonciation anticipée à la prescription. Mais ce qui est vrai de la prescription fondée sur des considérations d'intérêt général, ne l'est pas de la compensation légale. Celle-ci a été instituée pour l'avantage des particuliers; elle est donc fondée sur des raisons d'intérêt privé. Elle constitue, d'ailleurs, un mode de

[1] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 238, 5e édit., p. 398 *in fine* et p. 399; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXVIII; Demolombe, XXVIII, n. 576.

paiement ; or les parties ont toute liberté pour exclure une certaine manière de payer (1).

Cependant M. Laurent prétend que la question est plus délicate qu'on ne paraît le penser en général. La compensation légale, dit-il, a été admise en vue de prévenir des procès inutiles : n'est-ce pas là un motif d'ordre public ? Il faut donc appliquer dans l'hypothèse l'art. 6 qui interdit aux particuliers de déroger par leurs conventions aux dispositions de la loi qui reposent sur un motif de cette nature (2).

Mais, selon nous, c'est exagérer l'idée d'ordre public. Si le Code civil a admis la compensation légale, c'est dans l'intérêt des particuliers et surtout afin d'éviter que l'un des deux débiteurs ne fût victime de l'insolvabilité de l'autre. Le principe qu'on ne peut pas renoncer à un droit qui n'est pas encore acquis n'est posé nulle part dans la loi. Or il n'y a pas de texte spécial qui interdise de renoncer d'avance à la compensation. Cette renonciation est donc permise.

Notons à ce propos que le Code civil italien, qui, d'une façon générale, reproduit presque littéralement les dispositions de nos art. 1289-1299, comprend parmi les cas où la compensation ne s'opère pas celui où les parties y ont préventivement renoncé. Art. 1289-4°.

Si l'on se prononce dans le même sens que la plupart des auteurs, il faut décider que la renonciation anticipée à la compensation peut, à la différence de la renonciation à la compensation acquise, être opposée aux tiers. Elle fait partie de la convention, et les tiers ne peuvent pas diviser celle-ci (3).

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 579 ; Marcadé, IV, n. 833 ; Colmet de Santerre, V, n. 241 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 235, texte et note 8, et 5e édit., p. 394, texte et note 8 ; Larombière, V, p. 202 (art. 1295, n. 1) ; Demolombe, XXVIII, n. 604 ; Lair, *op. cit.*, p. 248 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXI ; Arntz, III, n. 248 ; Thiry, III, n. 83 ; Huc, VIII, n. 169 ; Planiol, II, 1re édit., n. 620, et 2e édit., n. 593. — Bordeaux, 7 mars 1831, S., 31. 2. 250, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2773. — Limoges, 7 avril 1843, S., 46. 2. 144. — Req., 11 mai 1880, S., 81. 1. 107, D. P., 80. 1. 470. — *Contra* Toullier, VII, n. 393.

(2) Laurent, XVIII, n. 456.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 605 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXI *in fine*.

§ II. *De la compensation facultative.*

1882. La compensation facultative est celle qui ne peut être opposée que par la partie dans l'intérêt de laquelle la compensation légale est écartée. Cette partie peut renoncer à se prévaloir de l'obstacle à la compensation, et elle peut seule y renoncer. Elle jouit donc, à cet égard, d'une faculté (1). D'où le nom qui est généralement donné à la compensation dont il s'agit (2).

Le Code, nous le savons, est muet en ce qui la concerne. Il ne s'occupe que de la compensation légale (3). Cependant quelques auteurs ont pensé que l'art. 1291, al. 2, et que l'art. 1296 étaient relatifs à des cas de compensation facultative. Nous croyons avoir déjà démontré que c'est une erreur (4).

Il existe une certaine ressemblance entre la compensation facultative et la compensation conventionnelle. Elles ne se conçoivent, toutes les deux, que si les conditions nécessaires pour la compensation légale ne sont pas réunies. Mais, à la différence de la compensation facultative, la compensation conventionnelle suppose que l'obstacle à la compensation légale existe dans l'intérêt des deux parties, et, en conséquence, elle ne saurait avoir lieu que si elles y consentent l'une et l'autre (5). Cette compensation, ainsi que son nom l'indique, résulte de la volonté commune des parties. Elle est donc gouvernée par le principe de la liberté des conventions, et, par conséquent, nous n'avons pas, en ce qui la concerne, à formuler de règle particulière (6).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 225, et 5e édit., p. 371 ; Demolombe, XXVIII, n. 656; Laurent, XVIII, n. 468; Huc, VIII, n. 472.

(2) C'est Delvincourt qui a, paraît-il, employé le premier l'expression de compensation facultative, II, p. 465.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 658; Laurent, XVIII, n. 387.

(4) V. *supra*, n. 1827, al. 2, et n. 1849.

(5) La compensation, par exemple, ne peut être que conventionnelle quand l'une des créances est affectée d'un terme stipulé aussi bien dans l'intérêt du créancier que dans celui du débiteur. Larombière, V, p. 179 (art. 1293, n. 15).

(6) Desjardins, *op. cit.*, n. CLXII, p. 465-466; Colmet de Santerre, V, n. 240 *bis* et n. 251 *bis*-V : Demolombe, XXVIII, n. 675-676; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 395, note 1. — Req., 22 juill. 1878, S., 79. 1. 249, D. P., 79. 1. 397. — Amiens,

1. *Dans quels cas la compensation facultative est-elle possible?*

1883. La compensation facultative est possible toutes les fois que la compensation légale est empêchée par un obstacle établi dans l'intérêt de l'une des parties seulement. La nature de cet obstacle variera. Il peut consister dans l'absence de l'une quelconque des conditions requises pour la compensation légale.

Supposons d'abord que l'une des parties n'est pas personnellement et principalement créancière ou débitrice de l'une des deux dettes. La compensation légale, nous l'avons dit, ne saurait avoir lieu. Mais, dans certaines hypothèses, il en sera autrement de la compensation facultative (1). C'est ainsi, on l'a vu, que si la dette du débiteur principal ne se compense pas de plein droit avec ce que le créancier doit à la caution, celle-ci peut, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier, lui opposer sa propre créance en compensation (2).

Supposons, maintenant, que les objets des deux obligations ne sont pas fongibles entre eux : je vous dois un cheval *in genere,* et vous me devez un cheval arabe. Ici encore la compensation légale est impossible ; mais, comme c'est uniquement dans mon intérêt qu'elle se trouve exclue, j'ai la faculté de renoncer à la situation que le législateur me fait et de payer en vous laissant ce que vous me devez.

Et vous ne sauriez vous plaindre, car, pouvant me libérer envers vous par la livraison d'un cheval quelconque, pourvu que ce cheval ne soit pas de la pire qualité, j'aurais le droit, si vous me livriez le cheval arabe que vous me devez, de vous le remettre aussitôt à titre de paiement (3).

6 janv. 1883 (compensation *in futurum*), D. P., 85. 2. 205, et, sur pourvoi, Civ. rej., 9 juin 1886, D. P., 87. 1. 40. — Civ. cass., 25 mars 1885, S., 85. 1. 457, D. P., 86. 1. 31. — V. *supra,* n. 1802. — Quelques auteurs paraissent ne pas distinguer la compensation facultative et la compensation conventionnelle. V. notamment Planiol, II, 1re édit., n. 621, et 2e éd., n. 594.

(1) Marcadé, IV, n. 851 ; Demolombe, XXVIII, n. 662 ; Huc, VIII, n. 172, p. 220. — V. aussi Lyon, 18 mars 1831, S., 31. 2. 229.

(2) V. *supra,* n. 1814.

(3) Ce droit m'appartient alors même que le cheval qui m'est dû est un cheval

Quand l'obstacle à la compensation légale résulte du terme dont l'une des dettes est affectée, celle des parties qui est tenue de cette dette peut, elle aussi, invoquer la compensation. Il en est ainsi, du moins, si, conformément au droit commun, le terme n'a été stipulé qu'en sa faveur. Dans cette hypothèse, en effet, rien ne s'oppose à ce qu'elle renonce au bénéfice du terme (1).

Il faut en dire autant du créancier dont le droit est insaisissable. Il est admis, s'il le préfère, à rendre sa créance compensable en renonçant au bénéfice de l'insaisissabilité, car c'est exclusivement à son profit que celle-ci a été établie (2).

Enfin, dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1293, le propriétaire spolié, le déposant ou le prêteur ont la même faculté, puisque c'est uniquement dans leur intérêt que la compensation légale est écartée (3).

1884. Selon nous, la compensation facultative n'est possible que si les deux dettes sont égales. Ainsi, à la différence de la compensation légale, elle ne saurait, dans le cas contraire, s'opérer jusqu'à concurrence de la dette la plus faible. En d'autres termes, si la compensation légale peut avoir pour conséquence d'imposer à l'un des créanciers un paiement partiel, il en est autrement de la compensation facultative. On objecte que, dans notre hypothèse, l'obstacle à la compensation légale dépend de la volonté de l'une des parties, et que, par suite, une fois cet obstacle levé par la renonciation, il n'y a plus de raison pour que l'art. 1290 *in fine* ne s'appli-

individuellement déterminé, par conséquent un corps certain, car, même dans ce cas, je pourrais, après en avoir reçu la livraison, vous le rendre en paiement. Demolombe, XXVIII, n. 660 *in fine*. — V. aussi Duranton, XII, n. 383; Marcadé, IV, n. 851; Desjardins, *loc. cit.*, n. CXXXIV, p. 459.

(1) Duranton et Marcadé, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-V; Larombière, V, p. 178 (art. 1293, n. 13 *in fine*): Demolombe, XXVIII, n. 660; Laurent, XVIII, n. 468; Huc, *loc. cit.;* Planiol, II, 1re édit., n. 621, 2e édit., n. 594.

(2) Larombière, V, p. 178 (art. 1293, n. 14, dern. al.); Demolombe, XXVIII, n. 661; Huc, *loc. cit.* — Req., 1er avril 1844, S., 44. 1. 468, D. P., 44. 1. 153.

(3) Toullier, VII, n. 397; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 225, note 3, et 5e édit., p. 371, note 3; Larombière, V, p. 178 (art. 1293, n. 13, al. 6); Demolombe, XXVIII, n. 661; Lair, *op. cit.*, p. 260; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXVII, p. 461; Huc et Planiol, *loc. cit.* — Req., 25 nov. 1891, S., 92. 1. 456, D. P., 92. 1. 296.

que pas. Nous répondons : les auteurs du Code se sont exprimés ainsi dans l'art. 1244 : « Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette.... » Cette règle est générale ; le législateur y a dérogé en ce qui regarde la compensation légale, mais non en ce qui regarde la compensation facultative. Le principe demeure donc applicable à celle-ci [1].

Au surplus, M. Larombière, qui défend l'opinion contraire, admet certaines exceptions, notamment pour le cas où le tuteur oppose en compensation à son créancier personnel la créance de son pupille [2], et pour celui où le débiteur d'une rente perpétuelle, qui se trouve créancier du crédi-rentier, pour une somme inférieure au capital de la rente, prétendrait rembourser partiellement ce capital par voie de compensation [3]. C'est là une inconséquence fort compromettante pour la théorie que nous combattons.

1885. Un tiers peut, on l'a vu, même quand il n'est pas intéressé à l'obligation, payer la dette. Art. 1236. A-t-il le droit, s'il est créancier du créancier, de le contraindre à recevoir en paiement le titre de sa propre créance, en d'autres termes, de le payer au moyen de la compensation facultative? Oui, à la condition toutefois que l'extinction de la dette soit totale [4]. Ce tiers pourrait éteindre la dette par un paiement réel ; il doit pouvoir aussi l'éteindre par la compensation qui est un paiement fictif. D'autant plus que, si le

(1) *Sic* Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXIX, p. 462 *in fine* et p. 463 ; Demolombe, XXVIII, n. 664 ; Huc, VIII, n. 172, n. 220 *in fine*. — *Contra* Larombière, V, p. 178 *in fine* et p. 179 (art. 1293, n. 14).

(2) Larombière, V, p. 179 (art. 1293, n. 15, al. 2). — Cpr. Desjardins, *loc. cit.* ; Demolombe, XXVIII, n. 667.

(3) Larombière, V, p. 181 (art. 1293, n. 17, al. 2 *in fine*). — Sur ce point, la doctrine est unanime. — V. pour l'ancien droit, Dumoulin, *De usuris*, quæst. 43, n. 323 ; Valin, *Cout. de La Rochelle*, art. 61, n. 55-56 ; Pothier, *Contr. de constitution de rente*, n. 205 (édit. Dupin, III, p. 98) ; — et, pour le droit nouveau, Toullier, VII, n. 405 ; Duranton, XII, n. 410 ; Desjardins, *op. cit.*, p. 463 ; Demolombe, XXVIII, n. 665.

(4) Le tiers ne pourrait pas faire un paiement partiel ; il ne peut donc pas opposer la compensation, si le chiffre de sa créance est inférieur à celui de la dette qu'il s'agit d'éteindre, ou, du moins, pour qu'il le puisse, il faut qu'en même temps, il offre une somme suffisante pour compléter le paiement intégral. Larombière, V, p. 183 *in fine* (art. 1293, n. 18).

créancier s'était acquitté envers lui, il aurait à sa disposition la somme nécessaire pour payer réellement la dette et que, par conséquent, s'il ne peut pas faire un paiement proprement dit, c'est par la faute du créancier [1]. M. Laurent prétend que ce raisonnement ne répond pas à l'argument qu'on peut tirer du texte et de l'esprit de l'art. 1289 : « Il s'agit, dit-il, de la compensation légale, et la compensation légale ne se conçoit pas sans qu'il y ait deux personnes débitrices l'une de l'autre » [2]. Cette proposition est inexacte : il s'agit ici d'un cas de compensation facultative, et la compensation facultative se conçoit par cela même que le paiement est possible.

En pratique, d'ailleurs, il serait facile de prévenir toute difficulté : le tiers n'aurait qu'à céder sa créance au débiteur, et celui-ci, qu'à signifier cette cession au créancier : le débiteur devenant ainsi créancier de son créancier, il y aurait immédiatement compensation légale.

Du moment que, d'après nous, un tiers peut compenser la dette avec ce que le créancier lui doit, à plus forte raison reconnaissons-nous au débiteur le droit d'opposer en compensation ce que le créancier doit à un tiers quand ce tiers y consent. C'était l'opinion de Pothier [3]. Et il est à remarquer que tel auteur qui, dans la première hypothèse, n'admet pas la possibilité de la compensation, se prononce en sens contraire dans la seconde [4]. Cela s'explique : notre solution suppose que le débiteur porte régulièrement à la connaissance du créancier le consentement du tiers, et, en conséquence, on peut soutenir qu'il y a cession de créance et, par suite, compensation légale [5].

(1) Larombière, V, p. 182 *in fine*, p. 183-184 (art. 1293, n. 18); Demolombe, XXVIII, n. 76-77.

(2) Laurent, XVIII, n. 420. — Dans le même sens Duranton, XII, n. 17, p. 28; Huc, VIII, n. 172, al. 4 *in fine*, p. 220.

(3) *Oblig.*, n. 630, al. 4 et 5 (édit. Dupin, I, p. 377-378).

(4) Duranton, XII, n. 17, p. 27-28.

(5) Larombière, V, p. 182 (art. 1293, n. 18). — Duranton voit, dans notre hypothèse, « *une sorte* de transport ou cession de la créance du tiers ». « Il y a, dit-il, une cession *ad hoc*, pour l'extinction de la dette du débiteur; aussi n'est-il pas douteux que le droit de mutation par cession ne fût dû ». XII, p. 27 *in fine*.

II. *Comment la compensation facultative s'opère-t-elle et quels sont ses effets ?*

1886. La compensation facultative s'opère dès que celle des parties, dans l'intérêt de laquelle existe l'obstacle à la compensation légale, déclare sa volonté sur ce point, car c'est uniquement de cette volonté qu'elle dépend. Il est nécessaire, sans doute, si l'autre partie la conteste, que le juge se prononce ; mais, en pareil cas, il n'a point le pouvoir d'appréciation qui lui appartient en matière de compensation reconventionnelle, et son rôle se borne à constater la compensation. Aussi, bien que la compensation facultative soit habituellement opposée, tantôt sous forme d'exception, tantôt sous forme d'action, suivant que le débiteur qui a le droit de l'invoquer est poursuivi ou prend les devants, il faut se garder de la qualifier de judiciaire. Cette expression ne convient que pour la compensation reconventionnelle (1).

La compensation facultative s'opérant à l'instant même où la partie intéressée déclare supprimer l'obstacle à la compensation, une demande incidente n'est pas nécessaire pour qu'elle se produise. Une simple requête suffit. Un pareil acte doit avoir pour résultat, dans notre hypothèse, d'arrêter le cours de l'action principale (2). Toutefois le défendeur qui oppose la compensation doit supporter les frais qui ont été faits par le demandeur jusqu'au moment où la compensation a eu lieu, car, jusqu'à ce moment, la demande était fondée (3).

Si la compensation facultative dépend complètement de la volonté du débiteur dans l'intérêt duquel la compensation légale est écartée, elle existe définitivement dès que ce débiteur l'a opposée. Elle ne pourrait donc être révoquée que du consentement mutuel des deux parties, et encore, même dans ces conditions, elle ne pourrait pas l'être au préjudice de tiers intéressés (4).

(1) Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXII, p. 453-454 ; Demolombe, XXVIII, n. 669 ; Huc, VIII, n. 172, p. 220 *in fine*. — Cpr. Lair, *op. cit.*, p. 259 et 264 *in fine*.

(2) Duranton, XII, n. 465 ; Desjardins, *op. cit.*, n. CXXXII, p. 454 ; Demolombe, XXVIII, n. 669 *in fine*.

(3) Larombière, V, p. 185 (art. 1293, n. 19, dern. al.) ; Demolombe, XXVIII, n. 688.

(4) Desjardins, *op. cit.*, n. 141, p. 464 *in fine* et p. 465 ; Demolombe, XXVIII, n. 674.

1887. Une fois accomplie, la compensation facultative éteint la dette avec tous ses accessoires, comme le ferait le paiement lui-même. Elle agit donc aussi énergiquement que la compensation légale. D'ailleurs, d'une façon générale, la compensation a toujours les mêmes effets, quelle soit légale, facultative ou reconventionnelle.

Mais à partir de quelle époque la compensation facultative produit-elle ses effets ? Est-ce du moment où les deux dettes ont coexisté, ou du moment où elle est opposée? La dernière solution nous paraît être la seule juridique. La compensation facultative n'a pas lieu de plein droit, comme la compensation légale. Elle ne s'accomplit que si elle est opposée. Ce n'est pas seulement pour la révéler au juge qu'une déclaration de volonté est nécessaire, mais bien pour la réaliser. Donc, à la différence de la compensation légale, elle ne saurait produire ses effets du jour de la coexistence des deux dettes. Quelle serait, en ce qui la concerne, la raison de la rétroactivité [1]?

§ III. *De la compensation reconventionnelle.*

I. *Caractères et conditions de cette compensation.*

1888. La compensation reconventionnelle ou judiciaire est celle qui est prononcée par le juge sur la demande formée par le défendeur en réponse à la demande originaire. Elle est donc obtenue par voie de reconvention. Elle suppose que la créance du défendeur n'est pas liquide. Elle ne se conçoit, en effet, que si cette créance n'est pas susceptible de compensation légale et que si l'obstacle à cette compensation n'a pas été établi dans l'intérêt du défendeur. Sans quoi la compensation aurait eu lieu de plein droit, soit dès la coexis-

[1] *Sic* Toullier, VII, n. 396; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 236 et 5e édit., p. 396; Larombière, V, p. 180 (art. 1293, n. 16); Lair, *op. cit.*, p. 261-267; Desjardins, *op. cit.*, n. CXL, p. 463-464; Demolombe, XXVIII, n. 671-673; Laurent, XVIII, n. 469, p. 480 *in fine;* Huc, VIII, n. 472 *in fine*, p. 221. — Lyon, 18 mars 1831, S., 31. 1. 229, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2679. — *Contra* Frédéric Duranton, *Rev. de dr. franç. et étrang.*, 1846, III, p. 874 s.

tence des deux dettes, soit dès la déclaration faite par l'intéressé qu'il entendait compenser sa créance.

Ainsi, dans notre hypothèse, la demande reconventionnelle tend à faire liquider par le juge la créance du défendeur et à faire prononcer par lui la compensation entre les dettes respectives des deux parties.

Le juge, d'ailleurs, n'est point obligé de faire droit à la reconvention : il peut surseoir à statuer sur la demande principale jusqu'à ce que la créance du défendeur soit liquidée, de manière à amener ainsi la compensation ; il peut également, s'il estime que la liquidation demandée entraînerait trop de complications et de lenteurs et porterait préjudice au demandeur principal, rejeter la reconvention (1).

Que la compensation dont nous parlons soit admise par notre législation actuelle, voilà qui résulte à l'évidence de l'art. 464 C. pr. civ. Ce texte dispose qu' « il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, *à moins qu'il ne s'agisse de compensation...* ». Par ces derniers mots le législateur ne vise certainement ni la compensation légale, ni même la compensation facultative, car l'une ou l'autre, quand elle est opposée en appel, constitue, non pas une demande nouvelle, mais simplement un moyen nouveau (2).

1889. Si la compensation reconventionnelle suppose que la créance du défendeur n'est pas liquide, elle suppose, au contraire, que cette créance est exigible. Lorsque celle-ci est affectée d'un terme, la demande reconventionnelle doit être rejetée, car, lorsqu'il y a terme, le paiement ne peut pas être exigé avant l'échéance. Le juge doit, en pareil cas, statuer sur la demande originaire, sauf au défendeur actuel à former une action principale, une fois le terme échu.

Toutefois, si le juge, eu égard aux circonstances, concédait au défendeur un délai de grâce, il pourrait, en faisant con-

(1) Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VII; Larombière, V, p. 185 *in fine*, p. 186-187 (art. 1293, n. 20); Demolombe, XXVIII, n. 677; Laurent, XVIII, n. 481; Huc, VIII, n. 173; Planiol, II, 1re édit., n. 624 et 2e édit., n. 597; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 371, note 3 *bis*. — Req., 22 juillet 1872, S., 74. 1. 32, D. P., 73. 1. 349; 15 juillet 1885, S., 86. 1. 126, D. P., 86. 1. 248.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VII *in fine;* Laurent, XVIII, n. 474. — V. aussi Larombière, V, p. 185 (art. 1293, n. 19, dern. al.).

corder l'expiration de ce délai avec l'échéance de la créance du défendeur, rendre possible la compensation légale [1].

Au surplus, c'est avec raison que M. Huc pose en principe que la compensation reconventionnelle « implique le concours des conditions requises pour la compensation légale, sauf la liquidité ». Sur ce point, certains auteurs ne se prononcent pas d'une façon aussi nette. Mais nous ne voyons pas comment la compensation reconventionnelle pourrait avoir lieu en l'absence d'une condition autre que la liquidité [2].

1890. Après avoir dit qu' « Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande », l'art. 464 C. proc. civ. ajoute : « A moins qu'il ne s'agisse de compensation *ou* que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale ». Ces deux conditions n'étant exigées que disjonctivement, une demande reconventionnelle est admissible en cause d'appel quand il s'agit de compensation, alors même que la reconvention ne constitue pas une défense à la demande primitive [3]. L'application de l'art. 464 peut donc avoir pour conséquence de priver le demandeur principal de la garantie des deux degrés de juridiction. C'est incontestablement une conséquence très grave. Si le législateur en a admis la possibilité, c'est en considération des grands avantages que présente souvent la reconvention et parce que les juges ont la faculté de la rejeter lorsque, en fait, elle donnerait lieu à des abus.

1891. La compensation peut être demandée reconvention-

(1) Larombière, V, p. 186 (art. 1293, n. 20, al. 3).

(2) Rappelons que, suivant la définition classique, une créance est liquide lorsque son existence est certaine et que sa quotité est déterminée.

(3) L'art. 106 de la Coutume de Paris, au contraire, exigeait cumulativement les deux conditions : « Reconvention en cour laye n'a lieu, si elle ne dépend de l'action *et* que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée; et, en ce cas, le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur ». Aussi Loysel disait-il : « Reconvention n'a point lieu, fors la même chose, dont le plaid est ». *Inst. cout.*, liv. V, tit. II, règle II, édit. Dupin et Laboulaye, II, p. 114. — Mais, avec le temps, la pratique cessa de se conformer à cette disposition. — V. Duplessis, *Sur la coutume de Paris*, liv. II, chap. I, sect. II (3e édit., 1709, p. 608 *in fine)*; Claude-Joseph Ferrière, *Dict. de droit et de pratique*, v° *Reconvention* (édit. de 1779, II, p. 467, col. 2); Pigeau, *La proc. civ. du Châtelet de Paris...*, I, p. 336 *in fine*.

nellement en cause d'appel, alors même que le montant de la créance du défendeur est supérieur à celui de la créance du demandeur. Il en est ainsi bien que la demande reconventionnelle ne constitue pas une défense à la demande principale et qu'elle ait, par conséquent, le caractère de demande nouvelle. Elle pourra avoir pour résultat, non seulement de faire absoudre le défendeur originaire, mais encore de faire condamner le demandeur primitif à payer l'excédent. L'art. 464 dispose en termes généraux que la compensation peut être demandée pour la première fois en cause d'appel. Il ne distingue pas. D'ailleurs notre solution ne s'appuie pas seulement sur le texte de la loi; elle découle aussi de son esprit; le titre qui sert de fondement à une créance est indivisible : décider qu'il est valable pour partie, c'est décider implicitement qu'il l'est pour le tout. Enfin, comme la cour de cassation l'a fait remarquer, la cour d'appel « ne pourrait refuser cette condamnation et renvoyer, pour la prononcer, devant le tribunal de première instance, sans scinder la cause unique de l'exception et exposer la partie à des décisions contraires » (1).

1892. La reconvention n'est recevable que si le juge n'est pas, en ce qui la regarde, incompétent *ratione materiæ* (2). L'art. 148 du projet de la cour de cassation le disait expressément (3), et, s'il n'a pas été converti en loi, c'est parce qu'il renfermait simplement une application de principes incontestables et que, par conséquent, il était inutile. L'incompétence *ratione materiæ* est d'ordre public ; elle s'oppose donc à ce que la juridiction puisse être prorogée par les parties. Quand une demande reconventionnelle est formée au mépris de

(1) Tallandier, *De l'appel*, p. 366; Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de proc. civ.*, II, n. 707 (11e édit., p. 65-66); Lair, *op. cit.*, p. 299 *in fine* et p. 300; Desjardins, *op. cit.*, n. CLVII, al. 2, p. 514 *in fine* et p. 515; Demolombe, XXVIII, n. 684; Bonfils, *Tr. élément. de proc.*, n. 1032; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 1re édit., V, § 972, p. 271 *in fine* et p. 272. — Req., 10 janv. 1853, S., 53. 1. 624, D. P., 53. 1. 193.

(2) Mais la reconvention est admissible bien que le tribunal soit incompétent *ratione personæ* : elle proroge donc la compétence personnelle. Desjardins, *op. cit.*, n. CLIII, p. 510.

(3) « La reconvention ne sera point recevable si le juge est incompétent en raison de la matière qui fait l'objet de la reconvention ». Art. 148.

cette règle, le juge doit la renvoyer, même d'office, devant le tribunal compétent, en conservant la connaissance de la demande originaire (1).

1893. En principe, le demandeur ne peut pas, sur la reconvention formée contre lui, agir, à son tour, reconventionnellement. C'est, en effet, une règle traditionnelle de notre droit que *reconvention sur reconvention ne vaut*. Cette règle a pour but d'empêcher les complications qui prolongeraient abusivement les procès (2).

Cependant, croyons-nous, il convient d'écarter l'application du principe dans le cas où la demande reconventionnelle du défendeur tend à faire déclarer le demandeur débiteur. La reconvention de ce dernier se justifie alors par les mêmes raisons d'équité que la reconvention du défendeur principal (3).

II. *Comment s'opère la compensation reconventionnelle et quels sont ses effets.*

1894. La compensation reconventionnelle n'a lieu qu'en vertu de la décision judiciaire qui la prononce (4). Elle diffère donc et de la compensation légale qui s'opère de plein droit dès l'instant où les deux créances ont coexisté, et de la compensation facultative, qui se produit, elle aussi, de plein droit, mais seulement dès l'instant où la partie intéressée a déclaré lever l'obstacle qui empêchait la compensation légale.

(1) Toullier, VII, n. 417; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VII; Larombière, V, p. 192 (art. 1293, n. 25); Desjardins, *op. cit.*, n. CLI, p. 502 *in fine*, p. 503 s.; Demolombe, XXVIII, n. 685; Laurent, XVIII, n. 483; Huc, VIII, n. 173. — V. aussi Sirey, *Table gén.*, v° *Reconvention*, n. 1.

(2) Toullier, VII, n. 415; Larombière, V, p. 190 *in fine* et 191 (art. 1293, n. 23); Desjardins, *op. cit.*, n. CLVIII, p. 516 *in fine* et p. 517; Demolombe, XXVIII, n. 686.

(3) Larombière, V, p. 191 (art. 1293, n. 23, al. 3) — Le demandeur principal pourrait certainement former une demande reconventionnelle qui serait fondée sur le même titre que celle émanant du défendeur originaire, mais alors, à proprement parler, il n'y aurait pas demande reconventionnelle, mais plutôt simple défense à la reconvention formée par le défendeur primitif. Larombière, V, p. 191 (art. 1293, n. 23, al. 1 et 2); Demolombe, *loc. cit.*

(4) Req., 25 juillet 1892, D. P., 92. 1. 488. — Cpr. Req., 23 mars 1870, S., 70. 1. 392, D. P., 71. 1. 51; 18 octobre 1887, S., 89. 1. 151.

Il en résulte que la compensation reconventionnelle suppose une véritable demande formée par le défendeur. Il en est autrement de la compensation légale et de la compensation facultative. Puisqu'elles s'opèrent comme nous venons de le dire, le défendeur qui se prévaut de l'une ou de l'autre, n'a pas besoin d'intenter une action en justice ; il n'a qu'à opposer l'exception de compensation.

Nous savons déjà qu'au point de vue de la nature de leurs effets, il n'y a aucune distinction à établir entre les trois espèces de compensation.

1895. Mais les auteurs discutent sur le point de savoir si les effets de la compensation reconventionnelle datent du jour où le jugement a admis la demande reconventionnelle ou s'ils remontent à l'époque où cette demande a été formée. C'est dans le premier sens que nous nous prononçons. La compensation reconventionnelle dépend du juge, qui est libre de la refuser. Ses effets ne peuvent donc se produire que du jour où il l'a prononcée. Ainsi, à ce point de vue, il y a une importante différence entre elle et la compensation facultative, car celle-ci, dépendant exclusivement de la partie intéressée, constitue pour elle un droit à l'instant même où elle est invoquée, et, en conséquence, dès cet instant, elle produit tous ses effets.

On objecte que les jugements sont simplement déclaratifs des droits des parties et que, par suite, ils rétroagissent au jour de la demande. Mais ce principe ne s'applique point quand les jugements créent un droit. Or, tel est bien le cas de la décision qui, sur une demande reconventionnelle, prononce la compensation, car, ainsi que nous venons de le dire, la compensation reconventionnelle est l'œuvre du juge [1].

1896. Pour que la compensation reconventionnelle se conçoive, il faut — comme il résulte de sa définition même — que le débiteur de la dette liquide, qui est, en même temps, créancier de la dette non liquidée, soit actionné par l'autre

[1] *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-VIII *in fine;* Desjardins, *op. cit.*, n. CLXIV, p. 526; Laurent, XVIII, n. 476; Huc, VIII, n. 173 *in fine*, p. 222. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 237 et 5e édit., p. 306 *in fine;* Larombière, V, p. 193 (art. 1293, n. 26); Demolombe, XXVIII, n. 691; Lair, *op. cit.*, p. 305.

partie. Toutefois, quand celle-ci ne l'actionne pas, il peut l'assigner lui-même en justice pour faire liquider sa créance et parvenir ainsi à la compensation. Mais, en procédant de la sorte, il ne supprime pas tout danger. Il se peut que l'autre partie, en cédant sa créance à un tiers au cours de l'instance, rende la compensation impossible. Le créancier de la dette non liquidée a un moyen de conjurer ce péril ; c'est de pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains. Telle est du moins l'opinion qui prévaut aujourd'hui et que nous croyons exacte (1).

SECTION V

DE LA CONFUSION

1897. La confusion est la neutralisation d'un droit par suite de la réunion dans une même personne de deux qualités incompatibles (2).

Elle peut s'appliquer à des droits réels comme à des droits personnels. Ainsi il y a confusion en matière de servitude, lorsque les qualités de propriétaire du fonds dominant et de propriétaire du fonds servant concourent sur la même tête. Art. 705. De même il y a confusion ou, pour employer l'expression dont la loi se sert dans cette application particulière, il y a *consolidation,* quand les deux qualités de nu-propriétaire et d'usufruitier sont réunies dans la même personne. Art. 617.

Dans notre section, la loi s'occupe seulement de la confusion des droits personnels, qui résulte du concours dans un même sujet des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur de la même obligation.

Il y a en pareil cas un obstacle matériel à l'exercice du droit de créance. Contre qui le créancier dirigerait-il des poursuites pour obtenir le paiement ? Ce ne pourrait être que contre lui-même, puisqu'il est aussi débiteur ; or une sem-

(1) Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-IX et n. 251 *bis*-X ; Demolombe, XXVIII, n. 692-693 ; Laurent, XVIII, n. 477 ; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 396, note 3 *bis*. — V. aussi *supra,* au n. 1844 *in fine,* les autorités citées en note.

(2) Pothier disait : « On appelle *confusion* le concours de deux qualités dans un même sujet, qui se détruisent ». *Oblig.,* n. 641 (édit. Dupin, I, p. 387).

blable poursuite ne se conçoit pas. Voilà pourquoi la loi déclare l'obligation éteinte à ses yeux ; c'est la même chose de n'avoir pas de droit ou d'en avoir un qui n'est pas susceptible d'être ramené à exécution. Art. 1234.

Toutefois, dans l'art. 1300, elle formule ce principe en termes assez défectueux : « *Lorsque les qualités de créancier et* » *de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait* » *une confusion de droit qui éteint les deux créances* ». Il s'agit des qualités de créancier et de débiteur de la même obligation (1). Le législateur s'exprime donc inexactement lorsqu'il dit que la réunion de ces deux qualités sur une même tête produit une extinction des *deux créances*. La compensation éteint bien deux créances, mais la confusion ne peut en éteindre qu'une ; aussi la plupart des auteurs font-ils observer que la définition contenue dans l'art. 1300 s'appliquerait mieux à la compensation qu'à la confusion (2). Si l'on veut absolument donner un sens aux mots *les deux créances*, il faut dire qu'ils désignent la créance active et la créance passive. Le législateur aurait ici envisagé les deux faces du droit, et notre disposition signifierait que la confusion éteint la créance et la dette (3).

La jurisprudence, induite en erreur par le vice de rédaction que nous venons de relever, a plusieurs fois admis, sous le nom de confusion, la compensation légale dans des cas où les conditions de celle-ci faisaient défaut. Il a été jugé notam-

(1) « Celle [la confusion] dont il est ici question, est le concours des qualités de créancier et de débiteur *d'une même dette* dans une même personne ». Pothier, *ibid.* — « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies dans la même personne, l'*obligation* est éteinte par la confusion ». C. fédér. des oblig., art. 144, al. 1. — Cpr. C. civ. port., art. 796. — C. civ. esp., art. 1192, al. 1.

(2) Marcadé, IV, n. 854 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 224, note 7, et 5e édit., p. 402, note 7 ; Colmet de Santerre, V, n. 251 *bis*-I ; Larombière, V, p. 229 (art. 1300, n. 1) ; Demolombe, XXVIII, n. 697 ; Laurent, XVIII, n. 485 ; Huc, VIII, n. 174 ; Planiol, II, 1re édit., n. 625, et 2e édit., n. 598. — Civ. rej., 16 mars 1874, S., 85. 1. 457 en sous-note, D. P., 76. 1. 249. — Civ. cass., 25 mars 1885, S., 85. 1. 457, D. P., 86. 1. 31.

(3) Le législateur italien s'est placé à ce point de vue pour retoucher la fin de notre art. 1300 : « Lorsque, dit-il, les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint *la dette et la créance* ». C. civ. ital., art. 1296. — V. aussi art. 796 C. civ. portugais. — Cpr. Marcadé, IV, n. 854 *in fine* et n. 617 *in fine*.

ment, que, lorsqu'un créancier se rend adjudicataire d'un immeuble appartenant à son débiteur, et devient ainsi, de son côté, débiteur envers ce dernier du prix d'adjudication, il s'opère, au moment même de l'acquisition, une confusion qui éteint les deux dettes jusqu'à concurrence du montant de la plus faible (1). Dans l'espèce, la compensation légale était impossible, la créance de l'adjudicataire n'étant pas liquide. Mais, d'autre part, ainsi que la cour suprême l'a estimé, la confusion ne pouvait pas s'opérer, puisque la partie qui l'invoquait n'était pas créancière et débitrice de la même dette (2).

§ I. *Des cas où la confusion a lieu.*

1898. La confusion résulte très ordinairement de ce que le créancier succède à titre universel au débiteur ou, en sens inverse, de ce que le débiteur succède à titre universel au créancier. C'est ce qui arrive lorsque l'un des deux devient l'héritier de l'autre ou son légataire universel.

Mais, s'il est beaucoup plus rare que la confusion soit la conséquence d'une transmission à titre particulier, le cas peut cependant se présenter (3). C'est ainsi que lorsqu'une lettre de change devient, avant son échéance, la propriété du tiré qui l'a acceptée, il s'opère, dans la personne de celui-ci, une confusion des qualités de créancier et le débiteur de cette lettre de change (4).

(1) Cour de la Réunion, 25 août 1871, S., 72. 2. 93, D. P., 72. 2. 33. — V. la même erreur dans Angers, 23 août 1856, D. P., 56. 2. 300.

(2) Civ. cass., 16 mars 1874, précité. — V. aussi Trib. civ. Seine, 8 juillet 1890, *Loi*, 30 juillet 1890. — Cpr. Civ. cass., 25 mars 1885, précité. — Mais la cour de cassation elle-même n'a pas toujours su échapper à l'influence de l'inexactitude que nous avons relevée à la fin de l'art. 1300. — Civ. cass., 13 mai 1833, S., 33. 1. 668, D. P., 33. 1. 247 et D., *Répert. Alph.*, v° *Vente*, n. 1427.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 241, et 5e édit., p. 403; Colmet de Santerre, V, n. 252 *bis*-III; Larombière, V, p. 230 (art. 1300, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 701. — V. cependant Huc, VIII, p. 223, n. 175.

(4) Civ. rej., 19 avril 1848, S., 48. 1. 385 (note de Devilleneuve), D. P., 48. 1. 87. — Dans le même sens, Larombière, V, p. 231 (art. 1300, n. 5). — Mais le tiré non accepteur, n'étant pas avant l'échéance débiteur de la lettre de change, peut devenir créancier de celle-ci pendant cette période sans que la confusion se produise en sa personne, et, en conséquence, il peut transmettre la lettre de change à un autre porteur. — Civ. rej., 27 novembre 1883, S., 85. 1. 72 (voir les renvois dans la note 3), D. P., 84. 1. 464.

De même encore, lorsque, à la suite d'une cession de créance, le débiteur exerce le retrait litigieux, il se substitue par là au cessionnaire et cumule ainsi les deux qualités de créancier et de débiteur (1).

Quelque parti que l'on prenne sur le point de savoir si la succession anomale établie par l'art. 747 est à titre universel ou à titre particulier, il faut décider que si le droit de retour légal s'ouvre au profit de l'ascendant débiteur de la chose par lui donnée, il s'opère en la personne de cet ascendant une confusion qui paralyse la créance (2).

1899. La confusion peut avoir lieu, quelle que soit la cause de l'obligation, et, par conséquent, que celle-ci soit née d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

De plus la confusion est possible à l'égard d'une obligation à terme, car cette modalité n'a pas d'autre effet que de retarder l'exécution de l'obligation (3).

Elle peut même s'appliquer à une obligation sous condition suspensive ; seulement, dans ce cas, elle sera également, par la force des choses, affectée de la même condition, car on ne conçoit pas qu'une obligation puisse s'éteindre dans le cas où elle n'aurait pas pris naissance (4).

Au surplus, la confusion se produit aussi bien pour une obligation naturelle que pour une obligation civile (5).

(1) Civ. cass., 11 décembre 1832, S., 33. 1. 140. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2788-1°. — Dans ce cas, il y a bien confusion et non pas paiement de la créance retrayée, la somme que le retrayant compte au cessionnaire représentant, non point le montant de cette créance, mais le remboursement du prix de cession.

(2) Toulouse, 9 août 1844, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2790, P., 44. 2. 446. — D'après M. Laurent, cette décision suppose qu'on reconnaît à la succession anomale de l'ascendant donateur le caractère de succession à titre universel, XVIII, n. 495 *in fine*. Nous croyons au contraire que le sens dans lequel on résout cette dernière question est ici absolument indifférent.

(3) Duranton, XII, n. 469 *ter* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 463, § 575 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 241, et 5e édit., p. 403 ; Larombière, V, p. 230 (art. 1300, n. 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 708. — Cpr. Civ. cass., 11 décembre 1832, précité.

(4) *Sic* Massé et Vergé, Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — *Contra* Duranton, *loc. cit.* ; Sebire et Casteret, *Encycl. du droit*, v° *Confusion*, n. 14.

(5) Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose et à la confusion en droit romain*, n. 146 ; Demolombe, XXVIII, n. 709.

1900. Mais, quand le débiteur succède au créancier, la confusion n'est possible que si la créance lui est transmise en pleine propriété. Par conséquent, si le débiteur n'en devient que nu propriétaire, la confusion n'a pas lieu. Dans ce cas, à vrai dire, les deux qualités de créancier et de débiteur ne concourent pas dans la même personne (1). Il y a seulement alors commencement de confusion. Mais, dans la suite, au moment où l'usufruit prendra fin, la confusion se complètera et produira ses effets naturels, car la pleine propriété de la créance reposera dès lors sur la tête du débiteur.

1901. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion, car elle emporte séparation entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. La loi le dit expressément : « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage... *De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances* ». Art. 802. Et comme les effets de l'acceptation bénéficiaire remontent au jour même de l'ouverture de la succession, cette acceptation se trouve avoir toujours fait obstacle à la confusion. Celle-ci ne cesse donc pas quand l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire ; la vérité, c'est qu'à aucun moment elle n'a pu s'opérer (2).

Si une même personne est appelée à recueillir deux successions dont l'une est créancière de l'autre, il lui suffira, pour éviter la confusion, d'accepter l'une de ces successions sous bénéfice d'inventaire (3).

1902. L'Etat recueillant une succession en déshérence, doit, au point de vue de la confusion, être assimilé à l'héri-

(1) Duranton, XII, n. 469 *bis ;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, V, p. 235 (art. 1300, n. 11) ; Demolombe, XXVIII, n. 710 ; Laurent, XVIII, n. 496. — Civ. cass., 19 décembre 1838, S., 39. 1. 133, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2804. — *Contra* Toulouse, 9 août 1844, précité.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 642, *in fine;* Merlin, *Répert.*, v° *Confusion.* § 1, n. 3; Toullier, VII, n. 424 et 436; Duranton, XII, n. 482; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 242, et 5e édit., p. 405; Colmet de Santerre, V, n. 255 *bis*-I; Larombière, V, p. 232 (art. 1300, n. 6) ; Demolombe, XXVIII, n. 706; Laurent, XVIII, n. 491; Huc, VIII, n. 175 *in fine.* — Sur ce point, disposition expresse dans le C. civ. port., art. 800, et dans le C. civ. esp., art. 1192, al. 2.

(3) Toullier, VII, n. 436 ; Larombière, *loc. cit.*

tier bénéficiaire. En effet, dans ce cas, c'est seulement comme détenteur des biens de la succession qu'il doit acquitter les dettes héréditaires. La confusion ne saurait donc avoir lieu à l'égard des créances qu'il a contre la succession. Il peut demander le paiement de ces créances, dans la mesure, du moins, où elles excèdent l'actif par lui recueilli, et, par conséquent, s'il y a des cautions, il peut agir contre elles [1].

1903. L'acceptation pure et simple elle-même n'opère la confusion que dans la mesure du droit héréditaire appartenant à celui dans la personne duquel elle se produit. Ainsi la confusion ne s'opère que pour moitié, si le débiteur devient héritier pur et simple du créancier pour moitié [2].

Mais, à notre avis, ce n'est point là une conséquence de ce principe écrit dans l'art. 1220, que les créances et les dettes héréditaires se divisent de plein droit entre les cohéritiers. La mesure dans laquelle la confusion a lieu en pareil cas correspond, en effet, à la part des créances ou des dettes qui est attribuée, dans le partage de la succession, à l'héritier débiteur ou créancier de celle-ci, l'effet rétroactif du partage se produisant, d'après nous, relativement aux créances et aux dettes de la succession [3].

1904. Quant à la séparation des patrimoines, elle résout la confusion à compter du jour de l'ouverture de la succession. Ce n'est là qu'une application du principe que la confusion ne saurait nuire aux tiers. Supposons, en effet, d'abord que l'héritier était débiteur du défunt : si la créance de celui-ci contre l'héritier ne revivait pas, les créanciers de la succession et les légataires éprouveraient un dommage, puisque l'actif héréditaire serait diminué. Supposons maintenant que l'héritier était créancier du défunt : si la confusion n'était pas anéantie, les créanciers personnels de l'héritier subiraient un préjudice, car ils perdraient ainsi le droit de se faire collo-

[1] Toullier, VII, n. 434; Duranton, XII, n. 479; Larombière, V, p. 232 (art. 1300, n. 7); Laurent, XVIII, n. 493.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 648. — Ce principe s'applique même quand la dette est indivisible, Duranton, XII, n. 469; Demolombe, XXVIII, n. 702.

[3] V. notre tome II, n. 1318. — *Contra* Toullier, VII, n. 422.

quer, du chef de leur débiteur, en concurrence avec les créanciers de la succession sur l'actif héréditaire [1].

§ II. *De l'effet de la confusion.*

1905. A vrai dire, ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, il est inexact de classer la confusion, comme le fait le législateur, parmi les modes d'extinction des obligations. A la différence du paiement, de la compensation ou de la novation, elle ne supprime pas la créance, mais fait naître uniquement un obstacle de fait à l'exercice de l'action, la personne en qui sont réunies désormais les qualités de créancier et de débiteur, ne pouvant pas se poursuivre elle-même. A ce point de vue, on peut dire que l'obligation est paralysée, mais à ce point de vue seulement. Elle continue donc à produire tous ceux de ses effets qui n'impliquent pas l'exercice de l'action [2].

[1] Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 255 *bis*-I et II; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 405, note 11; Larombière, V, p. 235 (art. 1300, n. 12); Demolombe, XXVIII, n. 707; Laurent, XVIII, n. 492. — Cpr. Huc, VIII, n. 175 *in fine*. — V. au surplus Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, II, n. 3187.

[2] Tel est le sens de l'adage suivant, dont la formule laisse toutefois à désirer : « *Confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem* ». Suivant la remarque très juste de M. Demolombe, il faudrait dire : « *Confusio potius eximit personam ab actione...* » Cet adage est la paraphrase de quelques mots qui se trouvent dans la loi 71 *princ.*, D., *De fidejuss. et mandat.*, XLVI, 1. — V. Pothier, *Oblig.*, n. 645 (édit. Dupin, I, p. 389-390); Duranton, XII, n. 481; Mourlon, II, n. 464; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 241, et 5e édit., p. 404; Colmet de Santerre, V, n. 252 *bis*-IV; Larombière, V, p. 230 (art. 1300, n. 3); Demolombe, XXVIII, n. 714-717; Laurent, XVIII, n. 487; Huc, VIII, n. 176, p. 224. — Chambéry, 18 mars 1884, *Gaz. pal.*, 1884, 2e semestre, *Supp.*, p. 22. On lit dans cette décision : « Qu'en réalité ce n'est pas l'obligation elle-même qui, dans ces conditions cesse d'exister, mais que l'action du créancier est seule paralysée par l'impossibilité où ce dernier se trouve de l'exercer utilement ». C'est bien là l'expression des vrais principes. — Toullier a, au contraire, le tort d'assimiler, quant à ses effets, la confusion au paiement. D'après lui, celle-là étendrait l'obligation « *aussi complètement* que le paiement ou l'accomplissement réel de l'obligation l'aurait pu faire ». VII, n. 422. L'erreur de Toullier paraît avoir été provoquée par cette formule de Cujas : « *Confusione perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio* ». *Ad legem* 59, D., *Ad senat. consult. trebell.*, *in quæst. Pauli*, col. 1046 et seq., édit. Fabrot. Cette proposition est évidemment trop absolue. D'ailleurs le sens que lui donne Cujas n'est pas douteux, car il dit encore : « *Confusio etiam est pro solutione, aut pro pensatione cedit. Videtur enim hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati, quod debet solvere in ipso articulo adeundæ hereditatis* ». Il

1906. D'où les conséquences suivantes [1] :

1° La créance au sujet de laquelle s'est produite la confusion, doit être comptée pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, soit que ce procédé doive profiter à des tiers, soit qu'il doive profiter à la personne même sur la tête de laquelle se trouvent réunies les deux qualités du créancier et de débiteur [2].

2° Un héritier doit comprendre dans sa déclaration de succession les créances que le défunt avait contre lui, bien qu'à leur égard il y ait confusion [3].

3° Lorsqu'un testateur, après avoir légué la créance qu'il a contre un tiers, succède à celui-ci, et qu'il se produit ainsi en sa personne, relativement à cette créance, une confusion de droits, ce fait n'empêche pas que le legs, bien que, par hypothèse, il porte sur la créance même et non pas sur sa valeur, puisse avoir son effet au décès du testateur. Ici ne s'applique pas la disposition de l'art. 1042, la créance n'étant pas éteinte [4].

est vrai que les jurisconsultes romains envisagèrent d'abord la confusion comme l'équivalent du paiement ou de l'acceptilation. — V. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e édit., II, n. 712, p. 592, texte et notes 2 et 3. — Mais quand ils eurent analysé avec plus de soin la nature de la confusion, ils revinrent sur leur première idée. C'est bien ce que prouve cette décision de Paul qu'on retrouve dans la loi 71 *pr.*, D., *De fidejuss. et mandat.*, précitée : « *Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusâ obligatione. Et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam* ». — V. Labbé, *op. cit.*, n. 283.

[1] V. cependant Planiol, 1re édit., n. 628, et 2e édit., n. 601.

[2] Duranton, Colmet de Santerre, Larombière, *loc. cit.*; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 242, et 5e édit., p. 404; Demolombe, XXVIII, n. 718-719; Laurent, XVIII, n. 488; Huc, VIII, n. 177, p. 225.

[3] Laurent, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 177, p. 225. — Trib. Chartres, 25 mars 1859, D. P., 59. 3. 80. — Quant aux dettes dont la succession est tenue envers l'héritier, elles étaient, avant la loi du Budget de 1901, soumises au droit commun. Elles n'étaient donc pas retranchées de l'actif de la succession pour la perception des droits. Aujourd'hui exception est faite, en ce qui les concerne, au principe de la déduction des dettes héréditaires. — V. loi précitée, art. 7-2°. — On a craint que le père de famille, afin de faire échapper son héritier présomptif au paiement des droits de succession, ne simulât des dettes qu'il serait censé avoir contractées envers lui. En un mot, une présomption de fraude pèse, au point de vue fiscal, sur les dettes qui grèvent la succession au profit de l'héritier. V. Vigié, *Le régime fiscal des successions*, dans les *Lois nouvelles*, 1901, tirage à part, p. 44.

[4] Demolombe, XVIII, n. 720-721. — Mais le légataire ne pourrait pas se pré-

1907. La loi elle-même fait deux applications de notre principe :

1° « *Celle (la confusion) qui s'opère dans la personne de la* » *caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation prin-* » *cipale* ». Art. 1301, al. 2. Cela se comprend : la confusion, n'éteignant pas en réalité la dette, mais engendrant simplement une impossibilité d'agir purement relative, ne peut pas libérer le débiteur principal comme le ferait un paiement émanant de la caution (1).

Il en serait de même si le créancier succédait à la caution (2).

Si la même dette avait été cautionnée par plusieurs personnes, le fait que l'une d'elles succéderait au créancier ou que le créancier lui succéderait ne rendrait pas impossibles les poursuites contre les autres. Mais, à raison du bénéfice de division dont jouissent ces dernières, le créancier, comme il serait aussi cofidéjusseur, ne pourrait les poursuivre que déduction faite de la part lui incombant dans la dette (3).

Si la confusion qui se produit dans la personne de la caution ne libère pas le débiteur principal, au contraire : « *La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal libère la caution* ». Art. 1301, al. 1. Le législateur suppose ici que le débiteur principal succède au créancier. La solution doit être évidemment la même dans le cas où le créancier succède au débiteur principal.

Dans ces deux hypothèses, les cautions sont libérées : ce n'est point qu'à proprement parler il y ait impossibilité pour le créancier d'agir contre elles. Mais, comme, si les cautions payaient, elles pourraient exercer un recours en indemnité contre le créancier, celui-ci étant également débiteur prin-

valoir, à l'encontre des tiers, des garanties accessoires dont la créance aurait été primitivement pourvue. Arg. art. 1301, al. 1. — *Sic* Demolombe, XXVIII, n. 722.

(1) Marcadé, IV, n. 856; Colmet de Santerre, V, n. 253 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 242, note 9, et 5e édit., p. 404, note 9; Larombière, V, p. 250, (art. 1301, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 726-728; Laurent, XVIII, n. 503. — V. aussi Accarias, *op. cit.*, 4e édit., II, n. 712, p. 593.

(2) D'ailleurs, dans les trois hypothèses prévues par l'art. 1301, il suffit de se préoccuper des deux qualités qui se réunissent, abstraction faite de la personne en qui s'opère leur réunion. Marcadé, IV, n. 855.

(3) Mourlon, II, n. 1465-2°; Laurent, *ibid.*

cipal, elles seraient fondées à repousser son action par l'exception « *Qui doit garantie, ne peut évincer* ». Art. 2028 [1].

Il en serait toutefois autrement si une caution, au moment où elle s'est engagée, avait renoncé, pour le cas où elle acquitterait la dette, à réagir contre le débiteur principal. Alors, en effet, notre raison de décider ferait défaut [2].

1908. 2° Le législateur déduit une autre conséquence du véritable caractère de la confusion quand il décide que : « *Celle (la confusion) qui s'opère dans la personne du créan-* » *cier ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la por-* » *tion dont il était débiteur* ». Art. 1301, al. 3. Cette rédaction est obscure. Mais on trouve la même disposition formulée en termes beaucoup plus clairs dans l'art. 1209 ainsi conçu : « *Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créan-* » *cier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de* » *l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire* » *que pour la part et portion du débiteur ou du créancier* ».

Le motif de cette disposition est que, dans le cas prévu, la confusion ne fait obstacle aux poursuites contre les autres débiteurs solidaires que dans la mesure de la part du codébiteur devenu créancier, en autres termes, dans la mesure de l'indemnité pour laquelle les autres débiteurs solidaires auraient, s'ils payaient le total, un recours contre lui.

Mais, sous la déduction de cette part, le débiteur, en la personne duquel la confusion s'est produite, peut, en qualité de créancier, demander à chacun de ses codébiteurs le paiement de tout le surplus de la dette, et non pas seulement le remboursement de la part que le défendeur doit supporter. Et ceci montre encore la différence considérable qui existe, au point de vue de leurs effets, entre la confusion et le paiement. V. art. 1214 [3].

[1] Colmet de Santerre, V, n. 253 *bis*-I; Larombière, V, p. 249 (art. 1301, n. 1); Marcadé, IV, n. 856; Demolombe, XXVIII, n. 724; Laurent, XVIII, n. 501; Thiry, III, n. 89, p. 116; Huc, VIII, n. 177, p. 226. — Même solution en droit romain. V. Accarias, *op. cit.*, II, p. 592.

[2] Demolombe, XXVIII, n. 725. — Le droit romain admettait la solution contraire. — V. Accarias, *loc. cit.* — C'était là une conséquence de la théorie inexacte qui avait assimilé la confusion au paiement.

[3] Toullier, VII, n. 430; Marcadé, IV, n. 617; Colmet de Santerre, V, n. 143

1909. En cas de solidarité active, si le débiteur succède à l'un des créanciers et réciproquement, il faut, à notre avis, raisonner par analogie avec le cas prévu dans l'art. 1301, al. 3. Nous croyons, en conséquence, que les autres créanciers seraient en droit de demander à celui qui cumule maintenant les qualités de créancier solidaire et de débiteur, le paiement de la créance, déduction faite de la part qui, dans celle-ci, devrait lui revenir, et pour laquelle la loi lui accorderait un recours, s'il faisait un paiement intégral. C'est seulement, en effet, dans cette limite qu'il y a impossibilité d'agir (1).

A peine est-il besoin de dire que, si la personne qui s'est portée caution envers des créanciers solidaires succède à l'un d'eux, elle n'est libérée envers les autres que dans la mesure de la part qui lui appartient dans la créance du chef du défunt (2).

1910. Outre les cas dont nous venons de parler, on en cite deux où il y aurait également confusion. Examinons-les.

1° La caution succède au débiteur principal, ou celui-ci a la caution. Dans ce cas, il est vrai, le cautionnement perd son principal intérêt, car, les qualités de débiteur principal et de caution reposant sur la même tête, l'action exercée contre la caution se heurtera, le cas échéant, à la même insolvabilité que les poursuites dirigées contre le débiteur principal. Et toutefois, même dans ce cas, il importe de remarquer que la confusion ne fait pas disparaître l'engagement de la caution ou plutôt qu'il n'y a pas confusion proprement dite (3).

bis-I et II et n. 253 *bis*-III; Larombière, V, p. 253 (art. 1301, n. 9); Demolombe, XXVIII, n. 729; Laurent, XVII, n. 336. — Sur cette question en droit romain, v. Accarias, *op. cit.*, II, p. 593.

(1) Marcadé, IV, n. 857; Larombière, V, p. 254 (art. 1301, n. 11); Rodière, *Solid.*, n. 17; Demolombe, XXVIII, n. 730; Laurent, XVII, n. 270; Thiry, III, n. 89, p. 116. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-V. — La solution que nous donnons est consacrée par le Code civil portugais (art. 799); mais, d'après nous, elle découle des principes généraux et s'impose, par suite, même en l'absence d'une disposition spéciale.

(2) Larombière, V, p 255 (art. 1301, n. 13).

(3) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 693 *in fine*, et 5e édit., IV, p. 404, note 10; Demolombe, XXVIII, n. 731-732; Laurent, XVIII, n. 502; Guillouard, *Du cautionnement*, n. 220; Huc, XII, n. 241, al. 3, p. 273; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement*, n. 1161-1162. — Rouen, 19 novembre 1874, D. P., 75. 2. 188. — *Contra* Toullier, VII, n. 425; Marcadé,

Nous en trouvons une preuve dans l'art. 2035. D'après ce texte, « *La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur prin-* » *cipal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de* » *l'autre, n'éteint pas l'action du créancier contre celui qui* » *s'est rendu caution de la caution* », ou, comme on dit, contre le certificateur de la caution (1).

Le seul raisonnement qui puisse donner une explication satisfaisante de cette disposition est le suivant. Dans notre hypothèse, le cautionnement direct n'est pas éteint; il est seulement paralysé à certains égards; il continue, par suite, à servir de soutien à la sous-fidéjussion (2).

L'art. 2035 ne faisant qu'appliquer un principe général, il ne faut pas hésiter à accepter les autres solutions qui découlent du même principe. Nous dirons, en conséquence, que la réunion, sur la même tête, des qualités de caution et de débiteur principal n'éteint pas les hypothèques et les gages constitués par la caution, l'obligation dont ces garanties sont les accessoires n'ayant pas disparu (3).

Nous dirons également que le débiteur ne pourra pas faire valoir les exceptions qui lui sont personnelles en sa qualité de débiteur principal, si le créancier a eu le soin de le prendre en qualité de caution. Art. 2036, 2012 (4).

IV, n. 859; Larombière, V, p. 250 (art. 1301, n. 3). — Le droit romain se prononçait dans ce dernier sens. Cependant, si l'obligation principale n'était que naturelle et si l'obligation du fidéjusseur était munie d'une action, il décidait par exception qu'elles survivaient l'une et l'autre à la confusion. V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 712, p. 594.

(1) Le jurisconsulte Africain se prononçait en sens contraire. L. 38, § 5, D., *De solut.*, XLVI, 3. — Mais la solution consacrée aujourd'hui dans l'art. 2035 prévalut dans l'ancien droit français. Pothier, *Oblig.*, n. 384; *Nouveau Denizart*, v° *Confusion*, § 3. — V. Demolombe, XXVIII, n. 735. — Cpr. Larombière, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XXVIII, n. 735; Laurent, XVIII, n. 502. — Cpr. Toullier, VII, n. 426; Larombière, V, p. 251 (art. 1301, n. 4). — V. aussi Labbé, *op. cit.*, n. 212.

(3) Duranton, XII, n. 473; Marcadé, IV, n. 856; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 575, p. 542, note 3; Colmet de Santerre, V, n. 254 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 693; Demolombe, XXVIII, n. 736; Laurent, *loc. cit.* — Rouen, 19 nov. 1874, S., 76. 2. 326, D. P., 75. 2. 188. — Cpr. Toullier, VII, n. 427; Larombière, V, p. 251 (art. 1301, n. 5). — Le jurisconsulte Africain, qui, nous l'avons dit, considérait le sous-fidéjusseur comme libéré par la réunion, dans la même personne, des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur, estimait cependant que l'action hypothécaire survivait à cette confusion. L. 38, § 5, D., *De solut.* — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 384.

(4) Demolombe, XXVIII, n. 734. — Cpr. Larombière, V, p. 252 (art. 1301, n. 5).

Mais, évidemment, s'il acquitte la dette, il ne pourra pas agir en répétition contre le débiteur principal, puisque celui-ci n'est autre que lui-même. A ce point de vue donc, mais à ce point de vue seulement, apparaîtra l'impossibilité d'agir qui résulte de la confusion [1].

1911. Si la personne qui s'est portée caution de plusieurs débiteurs solidaires succède à l'un d'eux, sa situation, au regard du créancier, est régie par les mêmes principes. Mais, si cette personne paie en qualité de caution, elle pourra demander à chacun de ses codébiteurs le remboursement de la somme par elle payée, sous la seule déduction de la quotité qui lui incombe, du chef de son auteur, dans la dette et dans les parts des codébiteurs insolvables. Si, au contraire, elle paie en qualité de débiteur solidaire, elle n'a de recours contre chacun de ses codébiteurs que pour la part et portion de celui-ci. Art. 2030 et 1214 [2].

1912. On peut supposer encore que deux personnes ont cautionné la même dette, et que l'une succède à l'autre. Dans ce cas, le créancier peut, à son choix, poursuivre l'héritier soit à raison du cautionnement qu'il a consenti lui-même, soit à raison de celui qui a été consenti par son auteur. Cette solution présente les divers intérêts pratiques dont nous avons parlé quand nous avons prévu le cas où les qualités de caution et de débiteur principal sont réunies sur la même tête [3].

1913. 2° Du cas où la caution succède au débiteur principal, on rapproche celui-ci où un débiteur solidaire devient héritier de son codébiteur. Ici, à plus forte raison, dirons-nous qu'à proprement parler, il n'y a pas confusion, car il n'y a pas concours de deux qualités contradictoires. Comment contester que le créancier peut, s'il le juge à propos, demander au débiteur qui a succédé à son coobligé, l'exécution de l'obligation de celui-ci? Cette faculté peut être fort utile pour le créancier si le codébiteur décédé a fourni des garanties, ou

(1) Demolombe, XXVIII, n. 734 *in fine*.

(2) Duranton, XII, n. 477; Larombière, V, p. 255 (art. 1301, n. 14). — Cpr. Toullier, VII, n. 432.

(3) Larombière, V, p. 252 (art. 1301, n. 7).

si son héritier peut opposer des exceptions qui lui sont personnelles.

D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le débiteur solidaire qui est devenu héritier de l'un de ses codébiteurs, supporte deux parts de la dette dans le règlement qui interviendra entre lui et les autres (1).

§ III. *Des cas où la confusion est anéantie.*

1914. Quand le fait juridique d'où résultait la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur, est annulé, rescindé, résolu ou révoqué, la confusion est censée ne s'être jamais opérée ; par conséquent, la créance recouvre toute son efficacité, même à l'égard des tiers, avec tous les accessoires, tels que privilèges, hypothèques et cautionnements, qui garantissaient son paiement avant la confusion (2).

Il en est ainsi :

1° Lorsque l'héritier sur la tête duquel la confusion s'est produite fait rescinder son acceptation (art. 783) (3) ;

2° Lorsqu'il est déclaré indigne (art. 727 et 729) (4) ;

(1) Demolombe, XXVIII, n. 737 ; Larombière, V, p. 253 (art. 1301, n. 10). — Cpr. Toullier, VII, n. 433.

(2) Toullier, VII, n. 437 ; Duranton, XII, n. 483 ; Sebire et Casteret, *Encycl. du droit*, v° *Confusion*, n. 35 ; Colmet de Santerre, V, n. 255 *bis*-III ; Larombière, V, p. 237 (art. 1300, n. 15) ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 242, et 5e édit., p. 405 ; Labbé, *op. cit.*, n. 178 ; Demolombe, XXVIII, n. 740-744 ; Laurent, XVIII, n. 506. — Alger (sol. impl.), 4 nov. 1852, S., 53. 2. 510, D. P., 56. 2. 18. — V. aussi Troplong, *Cautionnement*, n. 482. — Le C. civ. port. consacre cette solution : « Si la confusion cesse, porte son art. 801, l'obligation revivra avec tous ses accessoires, même à l'égard des tiers, *pourvu que le fait qui met fin à la confusion ait un effet rétroactif* » (traduc. G. Laneyrie et Joseph Dubois, p. 252). — *Adde* C. féd. des oblig., art. 144, al. 2, et sur le sens de cette disposition, Virgile Rossel, *Man. du dr. fédér. des oblig.*, n. 173 *in fine*.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 255 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 242, et 5e édit., p. 405 ; Larombière, V, p. 237 (art. 1300, n. 15) ; Demolombe, XXVIII, n. 743 ; Laurent, XVIII, n. 506.

(4) C'était la solution donnée par nos vieux jurisconsultes. — V. Lebrun, *Tr. des succ.*, liv. III, ch. IX, n. 25. — Mais, en droit romain, l'héritier qui était exclu de la succession à raison de son indignité, n'était pas restitué dans les droits qu'il avait primitivement contre la succession et pour lesquels son acceptation pure et simple de celle-ci avait emporté confusion. — L. 21, § 1, D., *Ad Senat. cons. Sylan.*, XXIX, 5 ; L. 8 et 17, D., *De his quæ ut indign. auf.*, XXXIV, 9. — V. Toullier,

3° Lorsque le testament contenant le legs universel ou à titre universel en vertu duquel la confusion s'est produite, est annulé (1) ;

4° Lorsque l'héritier grevé de substitution procède à la restitution qu'il est obligé de faire des biens par lui reçus à charge de les rendre. Dans ce cas, les créances de cet héritier contre l'instituant et celles de l'instituant contre cet héritier, qui, pendant la durée de la substitution, n'ont pu, à raison de la confusion, produire leur effet, reprennent toute leur force (2).

1915. Mais il n'en est pas de même quand la réunion des deux qualités incompatibles prend fin à raison d'une convention consentie par celui sur la tête duquel la confusion s'était opérée, par exemple, si une personne cède une créance paralysée par la confusion, ce contrat est valable entre les parties, mais ne peut pas être opposé aux tiers ; par conséquent, nonobstant cette cession, les cautions demeurent libérées, les hypothèques et les gages ne revivent pas; car, en vertu d'un principe général, lorsque les tiers qui répondaient de la dette se trouvent dégagés par la libération du débiteur, ils ont à cet égard un droit acquis, et, par suite, le débiteur ne peut pas les replacer dans la situation où ils étaient avant sa libération (3).

VII, n. 437 ; Larombière, V, p. 237 (art. 1300, n. 15) ; Aubry et Rau, *op. cit.*, Demolombe, XXVIII, n. 742 ; Laurent, XVIII, n. 506, al. 2.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, XVIII, n. 741. — Cpr. Huc, VIII, n. 179, p. 228.

(2) Toullier, VII, n. 439 ; Larombière, V, p. 236 (art. 1300, n. 13, al. 2) ; Demolombe, XXVIII, n. 744.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 255 *bis*-III ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Larombière, V, p. 236 (art. 1300, n. 14) ; Demolombe, XXVIII, n. 739 ; Laurent, XVIII, n. 507 ; Huc, VIII, n. 179 *in fine*, p. 228. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 629, et 2e édit., n. 602. — Chambéry, 18 mars 1884, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1237, *Gaz. du Pal.*, 1884, 2e semestre, *Suppl.*, p. 22. — Cpr. Riom, 12 mars 1848, D. P., 48. 2. 68. — Civ. rej., 19 avril 1848, S., 48. 1. 385, D. P., 48. 1. 87. — Spécialement sur les effets d'une vente d'hérédité relativement à la confusion, voir Colmet de Santerre et Laurent, *loc. cit.*

SECTION IV

DE L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTER ET SPÉCIALEMENT DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE

§ I. *A quelles obligations s'applique ce mode d'extinction.*

1916. A l'impossible nul n'est tenu, *impossibilium nulla obligatio*. L'obligation est donc éteinte, si la prestation qui en forme l'objet est devenue physiquement ou légalement impossible. Ce principe est général ; il s'applique non seulement à l'obligation de donner, mais aussi à celle de faire ou de ne pas faire. Ainsi l'obligation de peindre un tableau est éteinte par l'événement qui fait perdre la vue au peintre, tout aussi bien que l'obligation de donner un corps certain, par la perte de celui-ci (1). Mais, dans la pratique, c'est surtout relativement aux obligations de donner un corps certain, qu'on est appelé à se préoccuper de la cause d'extinction dont il s'agit (2), et on s'explique ainsi que la loi n'ait prévu que cette

(1) *Sic* Toullier, VII, n. 462; Rolland de Villargues, 2e édit., vo *Perte de la chose*, n. 12; Marcadé, IV, n. 869; Larombière, V, p. 265 (art. 1302, n. 16); Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 576, note 12; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 243 texte et note 3, et 5e édit., p. 406, texte et note 3; Colmet de Santerre, V, n. 256 *bis*-I; Laurent, XVIII, n. 509; Thiry, III, n. 90; Planiol, II, 1re édit., n. 648 *in fine*, et 2e édit., n. 62 s. *in fine* — *Adde* Nicias Gaillard, conclusions sous civ. cass., 9 janv. 1856, S., 56. 1. 138. — Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 747-749, 786-788. — Le droit romain formulait déjà notre principe en termes généraux. L. 140, § 2, D., *De verb. oblig.*, XLV. 1. *Instit., De inut. stip.*, § 2, III, 19. — Le Code fédéral des obligations, sous cette rubrique « *De l'impossibilité d'exécuter l'obligation* », déclare de même que « l'obligation s'éteint lorsque, par suite de circonstances non imputables au » débiteur, il devient impossible de l'exécuter ». Art. 145. — De son côté, le Code civil espagnol, après avoir, dans ses art. 1182 et 1183, à peu près reproduit les dispositions des trois premiers alinéas de notre art. 1302, ajoute dans son art. 1284 : « De même le débiteur sera libéré dans les obligations de *faire* lorsque la presta- » tion sera devenue légalement ou physiquement impossible ». — Mais cette proposition qu'*à l'impossible nul n'est tenu* exprime moins un principe juridique qu'un axiome de bon sens et une véritable nécessité. Aussi n'est il pas besoin que cette règle générale soit formulée dans une législation pour qu'il faille la respecter, et, certainement, bien que les auteurs de notre code civil se soient bornés à la consacrer relativement à l'obligation de donner un corps certain et déterminé, ils n'ont point voulu la rendre inapplicable aux autres obligations. L'intention contraire résulte d'ailleurs de la disposition de l'art. 1148.

(2) Cependant, par suite de certaines conditions économiques, la question se

hypothèse. Il est dit à ce sujet, dans les alinéas 1 et 2 de l'art. 1302 : « *Lorsque le corps certain et déterminé qui était* » *l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du com-* » *merce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument* » *l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été* » *perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en* » *demeure. — Lors même que le débiteur est en demeure, et* » *s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte* » *dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier* » *si elle lui eût été livrée* ».

La loi assimile au cas où la chose est détruite matériellement celui où elle se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence (1), et celui où elle cesse d'être dans le commerce, comme il arriverait par exemple si un terrain exproprié pour cause d'utilité publique avait été incorporé au domaine public (2). Et en effet, dans ces trois hypothèses, il y a même impossibilité d'exécuter l'obligation.

Il va de soi que l'extinction de l'obligation par la perte de la chose due suppose essentiellement l'entière destruction de de cette chose (3). Lorsque celle-ci n'a péri que partiellement, il faut appliquer, non pas l'art. 1302, mais l'art. 1245, aux termes duquel le débiteur d'un corps certain est libéré par la remise qu'il fait de cette chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, si les détériorations qu'elle a subies ne sont pas imputables au débiteur.

Cette observation présente un intérêt pratique dont nous parlerons plus loin quand nous traiterons de la situation spéciale que la loi fait au voleur dans l'art. 1302, al. 4, relativement à l'obligation de restituer la chose soustraite (4).

1917. Du moment que l'extinction de l'obligation par la perte de la chose due est fondée sur l'impossibilité d'accomplir la prestation promise, il en résulte qu'elle peut se pro-

pose aujourd'hui, à propos d'obligations de faire, plus souvent qu'à l'époque de la rédaction du Code civil. V. *infra*, n. 1924.

(1) Mais l'obligation revivrait si l'on retrouvait la chose. Pothier, *Oblig.*, n. 656 (édit. Dupin, I, p. 394).

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 650 (édit. Dupin, I, p. 392).

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 649 (édit Dupin, I, p. 392).

(4) V. *infra*, n. 1925.

duire, non seulement, comme le suppose notre article, en ce qui concerne les obligations ayant pour objet un corps certain et déterminé, mais aussi relativement à celles qui ont pour objet soit plusieurs corps certains dus sous une alternative (art. 1195 et 1196), soit une chose comprise dans un nombre, dans une quantité ou dans une classe de choses déterminé. Arg. des mêmes art. (1). Elle peut même très exceptionnellement avoir lieu dans des obligations ayant pour objet une chose *in genere*; car il peut arriver que le genre auquel la chose appartient vienne à périr, auquel cas l'exécution de l'obligation devient impossible. Ainsi le décret du 27 avril 1848, qui a aboli l'esclavage sur toutes les terres françaises, a fait périr juridiquement le genre des esclaves et rendu sans efficacité toutes les obligations de donner relatives à des esclaves (2). Mais c'est là un cas infiniment rare; aussi n'en a-t-on pas tenu compte dans l'adage *Genus nunquam perit*, et il demeure vrai en effet d'une manière presque absolue que les obligations qui ont pour objet une quantité ou une chose déterminée seulement quant à son genre, ne sont pas susceptibles de s'éteindre par la cause qui nous occupe (3). C'est ainsi, par exemple, que le débiteur d'une somme d'argent ne serait pas libéré par l'incendie de tout ce qui lui appartient (4).

Nous ne croyons pas, d'ailleurs, que le débiteur d'une quantité ou d'une chose *in genere* puisse transformer l'objet

(1) Mais cela suppose que la désignation faite par les parties est limitative, et non pas simplement démonstrative. Il ne suffit pas, par exemple, que, vous ayant vendu un hectolitre de blé on une barrique de vin, j'aie stipulé que ce blé serait pris dans celui de mon grenier ou cette barrique de vin parmi celles de ma cave. En pareil cas, la désignation n'est que démonstrative : elle est relative, non point à l'objet de l'obligation, mais bien à son mode d'exécution, et, par suite, si tout le blé de mon grenier ou tout le vin de ma cave a péri, mon obligation n'en subsiste pas moins. Il faudrait, pour que je fusse libéré par la perte de la chose due, que je vous eusse vendu une des barriques de vin de ma cave ou un hectolitre de blé de mon grenier. L. 37, D., *De verb. obl.*, XLV, 1 ; Pothier, *Oblig.*, n. 659 (édit. Dupin, I, p. 396) ; Toullier, VII, n. 445 ; Duranton, XII, n. 491 ; Marcadé, IV, n. 868 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 245 et 5e édit., p. 408 ; Favard, *Rép.*, vo *De la chose due*, § 7 ; Colmet de Santerre, V, n. 256 *bis*-II ; Larombière, V, p. 258 (art. 1302, n. 3 et 5) ; Demolombe, XXVIII, n. 754 ; Laurent, XVIII, n. 515.

(2) V. pour d'autres exemples, Colmet de Santerre, *loc. cit.*

(3) Cpr. art. 1022 et 1246.

(4) L. 2, C., *Si certum petatur*, IV, 2.

de son obligation en un corps certain et déterminé par des offres régulièrement faites au créancier. La spécialisation de la chose due ne peut résulter que de la livraison [1].

§ II. *Conditions et effets de ce mode d'extinction.*

1918. Quelle que soit la cause qui a fait périr le corps certain, objet de l'obligation, il y a toujours, pour le débiteur, même impossibilité d'exécuter l'obligation. Mais le créancier n'a-t-il pas le droit d'exiger, à la place d'une exécution réelle, qui n'est plus possible, une exécution fictive, une exécution en argent? En un mot, le débiteur est-il libéré? A cet égard, il y a lieu de distinguer : si la perte de la chose due n'est pas imputable au débiteur, l'obligation est éteinte, et il est complètement libéré.

Dans le cas contraire, il reste tenu envers le créancier. La prestation de la chose due est désormais impossible, mais il doit fournir l'équivalent pécuniaire. Certains auteurs disent que, même dans ce cas, l'obligation primitive est éteinte, mais qu'elle est remplacée par une obligation de payer des dommages-intérêts [2]. Les jurisconsultes romains s'exprimaient autrement : pour eux, dans notre hypothèse, l'obligation était *perpétuée* [3]. Bien que son objet eût péri, elle subsistait. Ainsi, à leurs yeux, il n'y avait pas changement d'obligation. Cette conception présentait un grand intérêt à divers points de vue particuliers au droit romain. C'est ainsi que l'obligation, demeurant la même, conservait son caractère contractuel et, par suite, passait aux héritiers du débiteur, tandis qu'une obligation nouvelle, née de la faute de celui-ci, n'aurait pas été transmissible au point de vue passif [4]. Mais l'idée de perpétuation de l'obligation permettait

(1) V. notre tome II, n. 1066.

(2) V. surtout A. F. Lefebvre, *De la responsabilité délictuelle, contractuelle*, dans la *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVe année, nouv. série, tome XV (1886), p. 485 523. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 649 et 2e édit., n. 622. — V aussi ce dernier auteur, II, 1re édit., n. 914 et 2e édit., n. 876.

(3) « *Veteres constituerunt perpetuari obligationem* ». Paul. L. 91, § 3, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — V. aussi même loi, § 4.

(4) V. surtout Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion*, n. 9, p. 15, *in fine*, p. 16 et 17.

aussi d'expliquer facilement des solutions que nous retrouvons en droit français, spécialement le maintien de l'engagement des cautions [1]. Elle peut donc intervenir utilement dans l'interprétation du droit français [2].

Il y aurait même, nous semble-t-il, un avantage considérable à reproduire aujourd'hui la conception romaine : si la doctrine faisait triompher cette idée que, dans notre hypothèse, il s'agit de l'obligation primitive, par conséquent de l'obligation née du contrat, et non pas d'une obligation nouvelle, engendrée par la faute du débiteur, nos tribunaux renonceraient sans doute à appliquer — ce qu'ils font à tout moment et de la façon la plus abusive — la disposition de l'art. 1382 à propos de l'inexécution de conventions.

1919. *a.* — Nous disons d'abord que le créancier a le droit de réclamer des dommages et intérêts au débiteur, si la perte de la chose lui est imputable.

La perte est imputable au débiteur, si la chose a péri par sa faute. La plupart des auteurs sont d'avis d'ajouter avec Pothier : *ou par son fait* [3]. D'après eux, le doute, que peut faire naître à ce sujet le silence de l'art. 1302 al. 1, qui ne parle que de la faute, est dissipé par les art. 1042 et 1245 [4].

Mais cette addition au texte de l'art. 1302 n'est-elle pas inutile ? Du moment que le débiteur est tenu de livrer ou de

(1) A la rigueur, il est vrai, on peut justifier le maintien de cet engagement en disant que la caution a éventuellement garanti le paiement des dommages-intérêts qui pourraient être dus à raison de l'inexécution de l'obligation primitive. Mais cette explication est moins naturelle que l'autre.

(2) V. Labbé, *op. cit.*, n. 11, p. 18-20. — La question présente encore de l'intérêt au point de vue de la prescription : près de trente ans se sont écoulés depuis la naissance de l'obligation primitive, et celle-ci, nous le supposons, est sur le point d'être prescrite, lorsque la chose due périt par la faute du débiteur. Si l'on admet que ce fait a pour conséquence de substituer à l'obligation primitive une dette de dommages-intérêts, il faut logiquement décider que tout le temps qui s'est écoulé avant la naissance de cette dernière dette ne comptera plus pour la prescription. Si l'on estime, au contraire, que l'obligation est perpétuée, le temps dont nous parlons continuera à compter.

(3) *Oblig.*, n. 661 (édit. Dupin, I, p. 397). — V. l. 91, § 2, D., *De verb. obl.*, XLV, 1.

(4) Toullier, VII, n. 466 ; Marcadé, IV, n. 863 ; Colmet de Santerre, V, n. 256 *bis*-III ; Demolombe, XXVIII, n. 762 ; Laurent, XVIII, n. 519 ; Huc, VIII, n. 180, p. 230 ; Planiol, 1re édit., n. 650, et 2e édit., n. 623.

restituer la chose, le fait par lequel il la détruit n'a-t-il pas nécessairement le caractère de faute ? On peut cependant imaginer une hypothèse où il n'en est pas ainsi et où, néanmoins, le débiteur est responsable : un héritier détruit une chose qu'il trouve dans la succession ; or cette chose a été léguée par le *de cujus* dans un testament dont cet héritier ignore l'existence. Celui-ci, bien qu'il ne soit pas en faute, n'est pas libéré.

Le mot *fait,* opposé au mot *faute* peut s'expliquer aussi d'une autre façon ; il s'applique aux actes positifs, au préjudice que le débiteur cause d'une façon directe, soit volontairement, soit par maladresse. L'expression *faute* désigne les faits négatifs ou omissions, c'est-à-dire les faits de négligence ou d'imprévoyance ([1]).

Au cas où la chose a péri par la faute du débiteur, il y a lieu d'assimiler celui où elle a péri par un cas fortuit dont sa faute a été l'occasion : comme si la chose a été volée, parce que le débiteur avait négligé de la mettre en lieu sûr. Nous savons que la loi considère aussi comme occasionné par la faute du débiteur le cas fortuit qui a fait périr la chose pendant la demeure de celui-ci, alors du moins qu'il s'agit d'un cas fortuit qui n'aurait pas fait périr la chose, si elle eût été livrée au créancier ([2]). Et en effet, le débiteur qui est en demeure est en faute, et, par suite, la perte qui est une conséquence de la demeure du débiteur se trouve être par cela même une conséquence de sa faute. Arg. art. 1302 al. 2 ([3]).

Si la demeure du débiteur est purgée soit par des offres régulières et satisfactoires, soit par une convention intervenue à ces fins entre lui et le créancier, la perte de la chose due aura pour effet d'éteindre l'obligation comme s'il n'y avait jamais eu de retard dans l'exécution ([4]).

([1]) Planiol, *loc. cit.*

([2]) Cette précision se trouve déjà dans Pothier, *Oblig.*, n. 664 (édit. Dupin, I, p. 397). — V. une application dans Req., 20 mai 1874, S., 76. 1. 268, D. P., 76. 1. 33. — Si, dans l'hypothèse contraire, l'obligation s'éteint bien que la chose ait péri pendant que le débiteur était en demeure, c'est qu'alors cette perte ne lui cause aucun dommage. V. notre tome II, n. 452-453.

([3]) Demolombe, XXVIII, n. 772 ; Laurent, XVIII, n. 522 ; Huc, VIII, n. 182.

([4]) Pothier, *Oblig.*, n. 663.

Quant au point de savoir si la chose qui a péri pendant la demeure du débiteur n'eût pas péri chez le créancier dans le cas où elle lui aurait été livrée, c'est une pure question de fait. Il incombe, par conséquent, aux juges du fond de la résoudre en appréciant souverainement les circonstances de chaque espèce, et ils pourront évidemment, dans ces cas, motiver leur décision par des présomptions [1]. Il n'est pas douteux, bien que l'art. 1302, à la différence de l'art. 1245, soit muet sur ce point, qu'il faut assimiler, dans les diverses hypothèses dont nous venons de parler, à la faute du débiteur celle des personnes dont il est responsable.

1920. *b.* — Au contraire, le créancier n'a pas le droit d'exiger des dommages et intérêts, si la perte de la chose n'est pas imputable au débiteur, c'est-à-dire si elle a péri par un cas fortuit [2] qui n'a pas été occasionné par sa faute. La perte retombe dans ce cas sur le créancier.

Cette règle souffre cependant exception, si, par une clause spéciale de la convention, le débiteur a pris les cas fortuits à sa charge ; nous avons déjà dit que l'art. 1302 al. 2 autorise cette stipulation [3], qui fait du débiteur l'assureur du créancier [4].

En résumé, trois conditions sont nécessaires pour que le débiteur soit libéré d'une manière complète envers le créancier par la perte du corps certain qui fait l'objet de son obligation ; il faut : 1° que la chose ait péri par cas fortuit ; 2° que ce cas fortuit n'ait pas été occasionné par la faute du débiteur ; 3° que le débiteur n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits. En l'absence de l'une de ces trois conditions, l'obligation est perpétuée, bien que, par la force des choses, elle ait désormais pour objet des dommages-intérêts.

(1) Pour des exemples de circonstances qui sont de nature à décider les tribunaux, V. Pothier, *Oblig.*, n. 664 (édit. Dupin, I, p. 398) ; Demolombe, XXVIII, n. 774.

(2) Sur la définition du cas fortuit ou force majeure et sur les diverses espèces de cas fortuits, V. notre tome I, n. 455-458.

(3) V. sur la légalité de cette stipulation notre tome I, n. 463. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 668. édit. Dupin, I, p. 400.

(4) Huc, VIII, n. 188, dern. al., p. 230 ; Planiol, II, 1re édit., n. 654, et 2e édit., n. 627.

1921. La loi, dans l'art. 1302, ne s'occupe que du cas où il y a un débiteur unique. Il nous faut prévoir plusieurs autres hypothèses.

Les débiteurs solidaires sont tous libérés lorsque le corps certain qui fait l'objet de leur obligation périt par cas fortuit. Si sa perte est survenue par le fait, la faute ou pendant la demeure d'un ou de quelques-uns seulement des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs demeurent néanmoins solidairement obligés de payer le prix de la chose, mais ils ne doivent pas de dommages-intérêts. Art. 1205 (1). Il en est autrement si les codébiteurs ne sont pas solidaires, ce qui arrive, par exemple, quand la dette se divise entre plusieurs héritiers. Dans ce cas, la perte de la chose due, même en la supposant causée ou occasionnée par la faute de l'un d'entre eux, éteint l'obligation des autres. C'est qu'en l'absence de solidarité passive, la faute de l'un des codébiteurs a, par rapport aux autres, le caractère de cas fortuit (2).

Enfin, si la chose due périt par le fait ou par la faute du débiteur principal, ou depuis qu'il a été mis en demeure, la caution, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas libérée, car l'obligation dont son engagement est l'accessoire n'est pas éteinte.

Au contraire, si la chose périt par le fait ou par la faute de la caution ou depuis sa mise en demeure, le débiteur principal est libéré, car, si la caution répond de l'exécution des obligations du débiteur principal, ce dernier n'est point tenu, en sens inverse, des obligations engendrées par le fait, la faute ou la demeure de la caution (3).

1922. L'art. 1302, al. 3, dispose que : « *Le débiteur est tenu* » *de prouver le cas fortuit qu'il allègue* ». C'est l'application des règles du droit commun en matière de preuve. On suppose que le créancier a établi son droit de créance. Si le débiteur se prétend libéré, il doit prouver sa libération, et, pour

(1) V. notre tome II, n. 1224-1226.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 667 (édit. Dupin, I, p. 399) ; Duranton, XII, n. 511 ; Laurent, XVIII, n. 521.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 665 (édit. Dupin, p. 398) ; Mourlon, II, n. 1474 et 1475 ; Laurent, *loc. cit.*

cela, il doit démontrer, non pas simplement que la chose a péri, mais bien qu'elle a péri par cas fortuit [1], sauf au créancier, s'il soutient que le cas fortuit a été occasionné par une faute du débiteur ou s'est produit depuis la mise en demeure de ce dernier, à établir ce fait [2]. Si le débiteur prétend que la chose qui a péri chez lui après sa mise en demeure eût également péri chez le créancier en supposant qu'elle lui eût été livrée, c'est à lui de justifier de l'exactitude de cette allégation [3].

1923. Il est des événements qui, s'ils peuvent constituer des cas fortuits, n'ont pas nécessairement ni même ordinairement ce caractère. Tel est l'incendie : il ne résulte presque jamais de la force majeure, car cela n'arrive que lorsqu'il a été allumé par le feu du ciel ; très généralement, il est dû à une imprudence, quelquefois même à un délit criminel [4]. Nous ferons une remarque analogue pour le vol commis par un tiers ; la plupart du temps, il n'est rendu possible que par la faute ou la négligence de la personne qui avait sous sa garde la chose volée [5]. C'est pourquoi le débiteur ne cesse pas d'être responsable par cela seul qu'il établit le fait matériel de l'incendie ou du vol. Ainsi, la preuve de ces événements

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 656 (édit. Dupin, I, p. 394). — Aux termes du 2e al. de l'art. 1315, le débiteur doit prouver sa libération ; et, dans notre hypothèse, celle-ci ne résulte pas toujours de la perte de la chose ; elle n'en résulte que si cette perte est la conséquence d'un cas fortuit. Il est donc normal que le débiteur ait à prouver ce dernier fait. V. C. cass. Rome, 18 décembre 1884, S., 85. 1. 17 et la note. — Cass. Belgique, 18 février 1892, S., 92. 4. 31. — V. des applications de l'art. 1302, al. 3, dans les art. 1732 à 1734, 1784 et 1808. — Cpr. l'art. 1183 du Code civil espagnol.

[2] Arg. art. 1808. — Marcadé, IV, n. 863 ; Colmet de Santerre, V, n. 258 *bis* ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 104, et 5e édit., p. 169 ; Larombière, II, p. 26 (art. 1148, n. 19 ; Demolombe, XXIV, n. 561, et XXVIII, n. 764 ; Laurent, XVI, n. 278, et XVIII, n. 520 ; Planiol, II, 1re édit., n. 651 *in fine*, et 2e édit., n. 624 *in fine*.

[3] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 104, et 5e édit., p. 170 ; Thiry, III, n. 90, p. 118. — Req., 20 mai 1874, S., 76. 1. 268, D. P., 76. 1. 33. — C'est ce que décide expressément le Code fédéral suisse des obligations, art. 118 al. 2. Mais cette solution n'est, elle aussi, qu'une application des principes généraux.

[4] « *Plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium* », disait le jurisconsulte Paul, L. 3, § 1, D., *De officio præfecti vigilum*, I, 15.

[5] Cette solution était également celle du droit romain, L. 25, D., *Pro socio*, XVII, 1.

n'implique pas celle de l'absence de faute [1]. Au surplus, la loi le déclare expressément quand elle s'occupe de la responsabilité du locataire en matière d'incendie. Art. 1733-1734 [2]. Il ne faut voir dans ces textes que des applications du droit commun [3].

1924. Quand une grève empêche l'exécution de marchés conclus par un chef d'industrie, y a-t-il cas de force majeure? Faut-il dire qu'en pareille circonstance, le chef d'industrie est relevé de ses engagements et que, par suite, il n'est pas tenu de dommages-intérêts? D'après la jurisprudence, la grève n'est pas toujours un cas de force majeure [4]. Mais elle a ce caractère lorsqu'elle porte sur toute une branche d'industrie, de telle sorte qu'elle entraîne l'arrêt de toutes

(1) *Sic*, relativement à l'incendie, Troplong, *Vente*, I, n. 402; Demolombe, XXVIII, n. 769; Laurent, XVI, n. 263. — Lyon (sol. impl.), 7 mars 1840, S., 40. 2. 275, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 201. — Lyon, 14 mai 1849, S., 50. 2. 523. — Civ. cass., 23 août 1858, D. P., 58. 1. 359. — Req., 3 juin 1874, S., 74. 1. 444, D. P., 76. 1. 371. — Cass. Belgique, 18 février 1892, S., 92. 1. 31. — Cpr. Toulouse, 15 mai 1837, S., 37. 2. 357, D. P., 37. 2. 134. — *Contra* Proudhon, *Usufruit*, III, n. 1540. — *Sic*, relativement au vol commis par un tiers, Troplong, *ubi supra*. — Civ. cass., 8 nov. 1881, S., 83. 1. 167, D. P., 82. 1. 54 : « Tout vol n'est pas en lui-même un cas de force majeure, dit la cour suprême ; ... le vol n'a ce caractère que lorsqu'il a été accompli dans des circonstances excluant la faute de celui auquel la garde de la chose était confiée ; ... le débiteur est tenu, pour sa libération, de prouver ces circonstances ».

(2) Cette idée même que l'incendie ne constitue pas nécessairement un cas fortuit résulte avec évidence des termes de l'art. 1733 : « Il (le locataire) répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure... » La solution consacrée dans l'art. 1733 avait été d'abord l'objet d'une controverse dans notre ancien droit ; mais elle avait fini par prévaloir soit en doctrine, soit en jurisprudence. V. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 453 (II, p. 333) : Pothier, *Louage*, n. 194. — Aujourd'hui, d'ailleurs, nonobstant la disposition de l'art. 1733, les auteurs et les tribunaux sont très divisés sur le point de savoir quelle est exactement la preuve qui incombe au locataire. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, n. 978, et les autorités citées en sens divers.

(3) V. notamment Troplong, *Vente*, I, n. 402, p. 511 ; Laurent, XXV, n. 276 ; Guillouard, *Louage*, I, n. 249, 278 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, I, n. 972. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 484, note 21. — Les auteurs du Code civil espagnol ont déduit de ce principe une conséquence logique en se dispensant d'insérer dans leur œuvre des dispositions correspondant à celles de nos art. 1733 et 1734, et en décidant simplement que si la chose louée vient à périr, on se conformera aux dispositions qui règlent d'une façon générale les effets de la perte de la chose due sur le sort de l'obligation.

(4) Caen, 25 août 1875, *Journ. de dr. intern. priv.*, 1876, p. 455 et *Gaz. Trib.*, 15 oct. 1875.

les fabriques ou usines similaires [1]. Toutefois, à propos de l'inexécution d'une vente de houille, le tribunal d'Hazebrouck, dans une décision du 18 janvier 1890, a déclaré « que dans certaines industries et notamment dans celles des charbonnages, la grève est un fait relativement fréquent, facile à prévoir et qui ne peut être considéré comme un cas fortuit ou de force majeure » [2]. Mais le tribunal d'Avesnes, par un jugement du 27 décembre 1890, s'est prononcé en sens contraire [3].

[1] Aix, 21 nov. 1901, S., 1902. 2. 51. On lit dans cette très intéressante décision : « Attendu que, s'il est de jurisprudence constante que la grève des ouvriers n'est pas un cas de force majeure, il ne saurait en être de même lorsque cette grève devient générale; que l'on peut dire d'une grève qu'elle est générale, lorsque tous les ouvriers d'une corporation se solidarisent à ce point que leur demande n'est satisfaite et le travail repris que lorsque tous les chefs d'exploitation, quels qu'ils soient, ont adhéré aux nouveaux salaires exigés; que, dans ce cas, en effet, il ne peut dépendre d'un chef d'exploitation, fît-il tous les sacrifices demandés, de tenir ses engagements, alors qu'un seul de ses concurrents, sur lequel il n'a ni pouvoir ni action, peut, par son refus d'y consentir lui-même, empêcher la reprise du travail ». — Nous citerons aussi, vu son importance, un extrait d'un jugement rendu, le 3 février 1894, par le tribunal de commerce de Nantes : « Attendu... que c'est à tort que le demandeur prétend qu'une grève ne saurait être considérée comme un cas fortuit, puisqu'il dépend toujours du patron de la faire cesser en accordant à ses ouvriers grévistes tout ce que ceux-ci réclament; il est manifeste, en effet, que cette théorie, si elle était admise, aurait pour les patrons, qui se trouveraient ainsi soumis à tous les caprices de leurs ouvriers, dont ils devraient en toutes circonstances subir la loi, des résultats désastreux et de nature à compromettre gravement la prospérité de notre commerce et de nos industries nationales; elle serait, en outre, en opposition avec l'esprit de notre législation, qui ne reconnaît la légitimité des grèves qu'à la condition que patrons et ouvriers aient dans la défense de leurs intérêts la même liberté et la même indépendance ». La cour de Rennes a confirmé cette décision par adoption des motifs des premiers juges et en ajoutant qu'il était aussi impossible au débiteur de prévoir la grève dont il s'agissait « que de se soustraire à ses conséquences » : qu'elle avait eu « pour effet d'apporter, non pas seulement une gêne momentanée, mais un obstacle invincible à l'exécution d'engagements qui ne pouvaient subir aucun retard ». — 28 juin 1894, S., 95. 2. 108, D. P., 95. 2. 214. — *Adde* un jugement du tribunal de la Seine (grève générale des charpentiers), rapporté dans la *Gaz. des Trib.*, 4 déc. 1884. — V. cependant Douai, 28 juin 1901, S., 1902. 2. 8, D. P., 1902. 2. 133.

[2] S., 95. 2. 109 (en sous-note), D. P., 91. 3. 34. — V. aussi Trib. com. Bruxelles, 20 janv. 1890, D. P., *loc. cit.* D'après ce dernier jugement, la grève relative à l'extraction de la houille, et non pas à la fabrication ou à la production industrielle des agglomérés de charbon, ne peut pas dégager le débiteur quand il s'agit d'une vente ayant pour objet de ces produits. — M. Bry est d'avis que la question de savoir si la grève constitue ou non un cas de force majeure doit être résolue d'après les circonstances, *Cours élément. de législ. industr.* (Paris, 1895), p. 214-215.

[3] S., 95. 2. 109 (en sous-note).

M. Thaller propose la distinction suivante : Quand il s'agit d'obligations de donner, de ventes obligeant le vendeur à livrer certains produits dans un délai déterminé, le vendeur n'est pas fondé à se dire exonéré par la grève : « Il importe peu, fait remarquer très justement M. Thaller, que le vendeur soit un industriel : la pensée de mettre à l'ouvrage dans ses ateliers l'objet de la commande par lui prise n'est qu'un *propositum in mente retentum*. L'acheteur ne s'ingère pas dans les moyens auxquels recourra sa contre-partie pour se procurer les quantités à livrer quand viendra le moment d'exécuter le marché. Le vendeur se présente dans le contrat comme commerçant; il exécute la commande chez lui ou ailleurs; peut-être n'est-il qu'un simple intermédiaire; l'acheteur ne s'enquiert pas s'il a une fabrique ou non. Il serait étrange que le vendeur pût exciper à sa décharge d'un fait de chômage de ses usines dû à la désertion de ses ouvriers, alors que rien dans la convention ne fait allusion au travail de ses ateliers dans l'intervalle de temps de la commande aux livraisons ». Peu importe que la grève soit générale : le vendeur puisera dans le disponible constitué avant l'arrêt du travail, et, à défaut de ce disponible, le vendeur, n'ayant pas eu le soin de faire insérer une clause contraire dans la convention, est censé avoir pris ce risque à sa charge. Il est indifférent même que le marché porte sur des articles de la marque du vendeur, car, au jour du contrat, rien ne disait que le vendeur n'avait pas un stock de produits de sa fabrication.

Mais, quand il s'agit d'obligations de faire, par exemple du marché par lequel un entrepreneur s'est engagé à construire une maison, la grève constitue ou, du moins, peut constituer un cas de force majeure, car, dans cette hypothèse, l'exécution de l'obligation est impossible sans l'emploi d'une main-d'œuvre [1].

Cette distinction, qui paraît trouver faveur auprès de la

[1] Thaller, *Le chef d'industrie peut-il s'exonérer de ses engagements envers les tiers en invoquant une grève comme cas fortuit? Annales de dr. comm.*, 1895, 2e partie (doctrine), p. 154-156.

doctrine [1], est certainement très juridique, et nous croyons devoir nous y rallier.

1925. Aux termes de l'art. 1302, al. 4 : « *De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix* ». La loi inflige au voleur la responsabilité exceptionnelle que, dans les contrats, une clause expresse peut mettre à la charge du débiteur; comme le dit fort exactement M. Planiol, la loi fait en quelque sorte du voleur « un assureur malgré lui ». Cela s'explique par le peu de faveur qu'il mérite.

En présence des termes absolus dont la loi se sert, il paraît difficile de ne pas admettre qu'elle ait entendu rendre le voleur responsable de tous les cas fortuits indistinctement, même de ceux qui auraient également fait périr la chose si elle fût restée entre les mains de son propriétaire. C'était la décision formelle de Pothier [2], et d'ailleurs entendue autrement, la disposition qui nous occupe paraîtrait sans utilité, car il était bien évident que le voleur doit répondre des cas fortuits qui n'ont fait périr la chose que parce qu'elle était entre ses mains. Cependant il y a quelques dissidences sur ce point [3].

Quoi qu'il en soit, le sens de la disposition de l'art. 1302, al. 4, ne nous paraît pas douteux. Mais il nous faut préciser la nature de cette disposition. Pour nous, elle inflige au

(1) Pic, *Tr. élém. de législ. industr.*, 2e édit. (Paris, 1902), n. 327, p. 203. — Au point de vue spécial de l'inexécution d'un contrat de chargement ou de déchargement de navire par suite d'une grève de dockers, voir dans le même sens Trib. com. Saint-Nazaire, 23 nov. 1893, *Le Droit*, 8 déc. 1893, et, en sens contraire, Trib. com. Marseille, 27 juin 1889, *Journ. de Marseille*, 89. 2. 276.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 664, *in fine :* « On n'entre point, dit-il, dans la discussion » de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la » restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies ; ils sont tenus » indistinctement du prix de la chose, lorsqu'elle est périe entre leurs mains » (édit. Dupin, I, p. 398). — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 286, et Locré, XII, p. 389, n. 171 *in fine*.

(3) V. en ce sens Toullier, VII, n. 468; Rolland de Villargues, n. 45; Marcadé, IV, n. 866; Larombière, V, p. 263 (art. 1302, n. 14); Massé et Vergé, III, § 576, texte et note 9, p. 465; Mourlon, II, n. 1478; Colmet de Santerre, V, n. 259 *bis;* Demolombe, XXVIII, n. 782; Laurent, XVIII, n. 523; Thiry, III, n. 90, p. 118; Huc, VIII, n. 184; Planiol, II, 1re édit., n. 653, et 2e édit., n. 626. — En sens contraire Duranton, XII, n. 506; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 244, note 6, et 5e édit., p. 407, texte et note 6.

voleur une véritable peine privée, une amende au profit de la partie lésée. Il y a là sans doute une inconséquence, puisque notre législation n'admet pas le système des peines privées. Mais, du moment que le voleur est condamné à payer une somme qui ne représente pas la réparation d'un dommage, cette explication s'impose, croyons-nous (1).

La disposition dont il s'agit ayant un caractère exceptionnel en tant qu'elle rend le voleur responsable sans qu'il puisse prouver que la chose eût également péri entre les mains du propriétaire, il en découle deux conséquences : 1° on ne pourrait pas l'étendre au cas d'escroquerie ou d'abus de confiance (2) ; 2° on ne pourrait pas davantage l'étendre au cas de perte partielle de la chose volée, car, d'une part, cette décision rigoureuse n'a pas été insérée dans l'art. 1245, et, d'autre part, la circonstance que la chose volée a partiellement péri avant d'être restituée n'empêche pas que le voleur remplisse son obligation en la restituant (3).

Selon MM. Larombière et Demolombe, la disposition de l'art. 1302, al. 4, serait applicable aux héritiers du voleur aussi bien qu'à lui-même, car elle n'établirait à sa charge qu'une responsabilité civile, et on ne verrait pas pourquoi l'obligation qui résulte de cette responsabilité ne serait pas transmissible par succession comme toutes les autres obligations du *de cujus* (4).

A notre avis, cette solution est inexacte (5). La responsabilité exceptionnelle qui pèse sur le voleur en vertu de l'art. 1302, al. 4, s'explique, avons-nous dit, par l'idée de peine privée. Il est donc logique de décider qu'elle ne saurait passer aux héritiers du voleur (6).

(1) V. Labbé, *op. cit.*, n. 7, p. 13 *in fine*.

(2) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVIII, n. 784 *bis*. — Le Code civil espagnol a beaucoup élargi la disposition de l'al. 4 de notre art. 1302, car il la déclare applicable par cela seul que la dette d'une chose certaine et déterminée provient d'un délit ou d'une faute. V. son art. 1185, *in princ.*

(3) Demolombe, XXVIII, n. 758; Larombière, V, p. 263 (art. 1302, n. 14).

(4) *Sic* Larombière, V, p 263 (art. 1302, n. 14, al. final); Demolombe, XXVIII, n. 784.

(5) Toullier, *loc. cit.*

(6) V. cependant Labbé, *loc. cit.*

Si le voleur faisait au propriétaire des offres régulières et satisfactoires comprenant et la restitution de sa chose et le paiement de dommages-intérêts égaux au préjudice par lui subi, il serait dans la même situation que tout débiteur qui emploie ce procédé; alors en effet, le créancier serait en faute s'il n'acceptait pas ces offres [1].

1926. Notre section se termine par un article qui est au moins inutile, c'est l'art. 1303, ainsi conçu : « *Lorsque la* » *chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la* » *faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou* » *actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder* » *à son créancier* ». Le législateur paraît avoir ici perdu de vue le nouveau principe qu'il venait d'inaugurer dans l'art. 1138, le principe de la translation de la propriété par le seul effet du consentement des parties et indépendamment de toute tradition. Supposons la vente d'une chose mobilière; avant la tradition, elle est volée au vendeur. En droit romain et dans notre ancien droit on décidait que le vendeur devait céder à l'acheteur ses actions contre le voleur, la *vindicatio* et la *condictio furtiva*. C'était tout simple; car, le vendeur restant propriétaire jusqu'à la tradition, c'était en sa personne, dans l'espèce proposée, que les actions contre le voleur avaient pris naissance, et elles ne pouvaient être transmises à l'acheteur qu'en vertu d'une cession. Mais, aujourd'hui, la propriété est transférée par le seul consentement indépendamment de la tradition, et, par conséquent, c'est dans la personne de l'acheteur que les actions dérivant du vol prendront naissance, puisque c'est sa chose qui a été volée. Il n'a donc pas besoin qu'on lui cède ces actions, et une pareille cession serait même impossible [2].

Il y a cependant un cas dans lequel l'art. 1303 pourrait

[1] Larombière, V, p. 264 (art. 1302, n. 14, al. 4); Demolombe, XXVIII, n. 783. — Le Code civil espagnol renferme sur ce point une disposition expresse. V. son art. 1185.

[2] V. dans ce sens Toullier, VII, n. 476; Marcadé, IV, n. 867; Colmet de Santerre, V, n. 260 *bis*-II; Larombière, V, p. 274 (art. 1303, n. 4); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 244, texte et note 5, et 5e édit., p. 487, note 5; Demolombe, XXVIII, n. 791; Laurent, XVIII, n. 511; Thiry, III, n. 90, *in fine*. — En sens contraire Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 464, § 576, note 3.

recevoir son application. Nous avons dit que, par une clause dont la pratique n'offre que de très rares exemples, le vendeur peut se réserver la propriété jusqu'à la livraison (1). Alors c'est dans sa personne que prendra naissance, au cas de vol de la chose due, l'action en revendication contre le voleur, et il devra, en vertu de notre article, céder cette action à l'acheteur. Mais, même dans cette hypothèse, l'action en indemnité, fondée sur l'art. 1382, appartiendrait au créancier indépendamment de toute cession, par la raison que c'est lui qui éprouve le dommage (2).

La disposition de l'art. 1303 s'explique par cette circonstance que les auteurs du Code ont presque littéralement copié une phrase de Pothier sans prendre garde qu'elle ne pouvait pas se concilier avec l'innovation introduite par l'art. 1138 (3).

D'ailleurs, si, très ordinairement, la convention ayant opéré de plein droit la translation de propriété, le débiteur est dans l'impossibilité de faire une cession d'actions au profit du créancier, il peut et doit remettre à celui-ci tous les documents de nature à lui permettre d'exercer utilement les actions qui lui appartiennent d'ores et déjà, notamment les procès-verbaux constatant que la chose due a été détruite par un tiers (4).

1927. Il va de soi que le créancier a le droit de réclamer, en cas de perte fortuite, les débris de la chose périe et même, en principe, ses accessoires. Ainsi je vous vends un cheval tout harnaché; avant la livraison l'animal meurt. Vous aurez droit au cuir de l'animal et même aux harnais (5).

(1) V. notre tome I, n. 424 *in fine*.

(2) Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent et Planiol, *loc. cit.*

(3) V. Pothier, *Oblig.*, n. 670 (édit. Dupin, I, p. 404); Planiol, II, 1re édit., n. 655, et 2e édit., n. 628. — Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier a, comme lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, une action directe en dommages-intérêts contre le tiers dont le délit ou le quasi-délit a rendu l'exécution impossible; Larombière, V, p. 275 (art. 1303, n. 5).

(4) Colmet de Santerre, V, n. 260 *bis*-III.

(5) Dans notre ancien droit, cette solution était repoussée par certains auteurs pour des raisons plus subtiles que sérieuses. Mais, comme disait très bien Pothier, en empruntant une formule au vieux jurisconsulte Brunus, « de même que *meum est quod ex re mea superest*, de même *mihi debetur quod ex re mihi debita superest* ». Pour que l'extinction de la chose due fasse disparaître absolument l'obliga-

En écrivant l'art. 1303, le législateur avait exclusivement en vue les droits et actions qui existent contre le tiers dont le fait a causé la perte de la chose due ou sa mise hors du commerce. L'art. 1303 n'est donc pas relatif aux droits et actions qui étaient subordonnés à la perte de la chose, mais qui sont exercés en vertu de contrats auxquels le créancier est demeuré étranger [1].

Il s'ensuit, d'après certains auteurs, que l'acquéreur d'une chose qui, avant d'être livrée, a péri dans un incendie, ne peut pas exiger, en invoquant la disposition de l'art. 1303, que le vendeur le subroge dans son action contre la compagnie à laquelle la chose vendue était assurée [2] ; mais nous croyons qu'on peut considérer cette action comme cédée implicitement à l'acheteur par le fait même de la vente. Arg. art. 1615 [3].

Toutefois, aujourd'hui, vu les dispositions des art. 2 et 3 de la loi du 19 février 1889, la question ne présente plus d'intérêt [4].

tion de livrer, il faut, ajoutait Pothier, qu'elle soit « si parfaitement totale qu'il ne reste rien ». Or l'extinction de la chose due n'a pas ce caractère, lorsqu'il en reste un débris, bien qu'on ne puisse pas dire, à proprement parler, que ce débris soit une partie de la chose due. De plus, si la personne qui vend, par exemple, un bœuf vivant, ne s'engage pas formellement à en livrer la peau à l'acheteur dans le cas où cet animal périrait avant la livraison, elle s'y engage du moins implicitement. D'ailleurs, si le débiteur pouvait retenir à son profit les débris de la chose détruite par cas fortuit, il profiterait du malheur du créancier, ce qui est contraire à l'équité. — Pothier, *Oblig.*, n. 669. — Aujourd'hui la question ne fait plus difficulté. V. discours du tribun Mouricault, dans la discussion devant le Corps législatif, Fenet, XIII, p. 438, et Locré, XII, p. 578, n. 43 — Toullier, VII, n. 475; Colmet de Santerre, V, n. 200 *bis*-I; Demolombe, XXVIII, n. 720; Laurent, XVIII, n. 513: Planiol, II, 1re édit., n. 656, et 2e édit., n. 629.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 200 *bis*-III: Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 244, note 5, et 5e édit., p. 407, note 5; Larombière, V, p. 275 (art. 1303, n. 4, *in fine*) ; Laurent, XVIII, n. 512.

[2] Colmet de Santerre, Laurent et Aubry et Rau, 5e édit., *loc. cit.* — Cpr. Douai, 3 janv. 1873, S., 73. 2. 274, D. P., 74. 5. 36.

[3] Huc, VIII, n. 186, p. 233. — Grenoble, 27 fév. 1834, S., 34. 2. 367; Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Assurances terrestres*, n. 84, p. 348, note 1.

[4] Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 407, note 5 *in fine*.

SECTION VII

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS

1928. Le Code civil représente la nullité ou la rescision comme une cause d'extinction des obligations. Art. 1234. Ce point de vue est inexact : la nullité ou la rescision a pour résultat, non point d'éteindre une obligation réellement existante, mais bien — ce qui est fort différent — de faire qu'il n'existe pas d'obligation. La pensée des auteurs du Code est la suivante : Il y a des obligations entachées de certains vices qui, sans les empêcher de naître, sont cependant assez graves pour que le législateur ait cru devoir créer une action tendant à faire prononcer la nullité ou la rescision de ces obligations. Celles-ci ont donc une existence provisoire : elles vivent tant que la justice n'en a pas prononcé la nullité; même elles peuvent acquérir une existence définitive, si on laisse écouler un certain délai sans les attaquer. Mais, si l'action est exercée en temps utile, l'obligation, qui avait existé jusque-là, est annulée ou rescindée, elle tombe, elle est éteinte par sentence du juge, comme par l'effet du paiement, de la compensation, de la perte de la chose due, etc., avec cette différence toutefois qu'elle est éteinte rétroactivement. On voit donc qu'en mettant l'action en nullité ou en rescision au nombre des modes d'extinction des obligations, le législateur n'a pas tenu compte de ce point très important que, lorsqu'il est fait droit à cette action, l'obligation est censée n'avoir jamais existé [1].

A cet égard la rédaction de l'art. 1234 résulte probablement d'une confusion produite par le souvenir de la *restitutio in integrum*. Cette mesure de protection qui, nous le verrons, est l'origine de l'annulabilité, avait pour effet de supprimer des obligations considérées comme valables [2].

[1] On s'explique par suite pourquoi plusieurs codes civils postérieurs au nôtre (portugais, mexicain, argentin, espagnol, allemand, japonais) n'ont pas compris l'action en nullité ou en rescision parmi les modes d'extinction des obligations.

[2] Demolombe, XXIX, n. 2 et 4; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 695 *in fine*.

Cette matière est importante et compliquée. Il nous faut lui consacrer de longs développements.

§ I. *Définition de l'action en nullité et de l'action en rescision.*

I. *Distinction des contrats annulables et des contrats inexistants.*

1929. Pour arriver à donner une idée précise de ces deux actions, il faut d'abord, en ce qui concerne les contrats ou, plus généralement, les actes, distinguer l'annulabilité et l'inexistence, puis voir si la loi établit une différence entre l'action en nullité et l'action en rescision.

L'acte *inexistant* (dans le sens où les auteurs les plus récents prennent cette expression) est celui qui a été réalisé en fait, mais qui n'a pas d'existence légale. C'est une simple apparence d'acte.

L'acte *annulable* est celui qui réunit tous les éléments essentiels à sa formation, mais qui renferme un vice susceptible d'amener son annulation par la justice.

Celui-ci, tant qu'il n'est pas annulé, engendre les mêmes effets que s'il était valable. Celui-là est dépourvu de tout effet civil (1).

Appliquant cette distinction à notre matière, nous dirons que les contrats inexistants ne sauraient créer d'obligations ni constituer un juste titre et que les contrats annulables produisent, au contraire, ces effets.

Mais, avant d'aller plus loin, nous devons faire une remarque. Quelques auteurs qualifient de *nuls* les actes dont l'existence n'est qu'apparente, et désignent sous le nom d'actes *annulables* ceux qui existent réellement, mais qui peuvent être annulés par la justice (2). Cette terminologie, au point de vue du sens qu'elle attache à l'expression d'acte *nul,* est dangereuse, car elle est de nature à produire une

(1) V. pour la théorie générale des nullités, Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 118-123, et 5e édit., p. 179-186; Planiol, I, 1re édit., n. 307-330, et 2e édit., n. 326-349.

(2) Demolombe, XXIV, n. 41 et 76, XXIX, n. 21-24; Mourlon, II, n. 1481-1483.

équivoque. Sans doute, dans la disposition de l'art. 1601, la loi appelle *nul* un contrat qui, à ses yeux, n'a pas d'existence ([1]), mais, généralement, elle applique cette expression à des actes simplement viciés ([2]), et, dans l'art. 1117, pour désigner la convention qui existe simplement en fait, elle a cru devoir se servir des mots « nulle de plein droit ». Ainsi, d'une part, le terme *nul* convient davantage à un acte susceptible d'être annulé, mais à la rigueur, n'est pas impropre quand il sert à désigner un acte dépourvu d'existence réelle. D'autre part, l'expression que nous avons trouvée dans l'article 1117 a le défaut d'être compliquée. Nous en dirons autant de ces dénominations *acte radicalement nul, acte relativement nul,* qui sont employées par plusieurs auteurs ([3]). Aussi préférons-nous, vu leur simplicité et la netteté des idées qu'elles éveillent, employer les expressions acte *inexistant* ([4]) et acte *annulable*. Ainsi, dans les explications qui vont suivre, le contrat inexistant sera celui qui s'est formé seulement en apparence et le contrat annulable celui qui, à raison d'un vice dont il est entaché, peut être annulé par une décision judiciaire ([5]).

1930. Le contrat est inexistant :

1° Lorsqu'il manque en fait d'un des éléments essentiels à sa formation, c'est-à-dire lorsqu'il y a défaut absolu de consentement ([6]), défaut d'objet ([7]), absence de cause ou fausseté de la cause ([8]), enfin inobservation des solennités prescrites,

([1]) L'art. 1601 prévoit le cas où la chose vendue est déjà périe au moment de la vente. Dans ce cas, le contrat, faute d'objet, ne peut pas se former.

([2]) V. notamment art. 1599.

([3]) « Conventions entachées de nullité relative », « conventions entachées de nullité radicale », Vigié, II, n. 1643, p. 747-49. — Solon oppose les « nullités de plein droit » aux « nullités par voie d'action ». *Théorie sur la nullité des actes et des conventions de tout genre en matière civile,* I, n. 12 et 16. — *Sic* Thiry, III, n. 92, p. 113.

([4]) Cependant, à un certain point de vue, l'expression *acte inexistant* peut être critiquée. Elle n'éveille pas nécessairement l'idée d'un acte qui, s'il n'a pas d'existence légale, a été, du moins, accompli en fait. Il vaudrait mieux dire, croyons-nous, *acte apparent.*

([5]) *Sic* Laurent, XV, n. 450, et XVIII, n. 531 ; Huc, VII, n. 10, p. 19 *in fine* et p. 20, et I, n. 201.

([6]) V. notre tome I, n. 52-1°.

([7]) V. notre tome I, n. 245.

([8]) V. notre tome I, n. 316.

s'il s'agit d'un contrat solennel [1], comme la donation [2], le contrat de mariage [3] et la constitution d'hypothèque [4].

2° Lorsque le contrat a été passé en violation d'une prescription ou d'une prohibition légale fondée sur des motifs d'ordre public. Tels sont les pactes sur succession future [5], les conventions usuraires, du moins pour la portion d'intérêts qui excède le taux légal. Loi du 3 septembre 1807, art. 3.

On doit considérer comme rendant le contrat annulable :

1° Les simples vices du consentement, à savoir : la violence, le dol et l'erreur, auxquels la loi assimile la lésion [6].

2° Le défaut de capacité chez celui qui s'oblige. L'incapacité n'est, en effet, qu'une cause d'annulabilité, bien que l'art. 1108 paraisse mettre la capacité sur la même ligne que le consentement, l'objet et la cause [7].

1931. Quelques auteurs, tout en opposant, comme nous le faisons, les actes inexistants aux actes annulables, distinguent en outre les actes *nuls de plein droit*. Ils introduisent donc un troisième terme dans la classification qui nous occupe. Cela provient de ce qu'ils restreignent la portée de l'expression *acte inexistant*. D'après eux, cette expression ne conviendrait qu'à l'acte qui manque d'un des éléments essentiels à sa formation, c'est-à-dire d'un élément en l'absence duquel on ne peut pas concevoir la possibilité de cet acte, et, par conséquent, ce serait toujours par la force même des choses qu'un acte serait inexistant. L'*acte nul de plein droit* serait l'acte qui a été fait, mais dont l'inefficacité serait déclarée directement par la loi. La nullité de plein droit supposerait donc l'existence de l'acte, et, par suite, l'inexistence serait incompatible avec la nullité [8].

(1) V. notre tome I, n. 26 *in fine*.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, I, n. 1064, p. 446.

(3) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, n. 77-81.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des priv. et hyp.*, II, n. 1403, p. 461.

(5) V. notre tome I, n. 261, p. 255.

(6) V. notre tome I, n. 49-127.

(7) V. notre tome I, n. 25.

(8) Planiol, I, 1re édit., n. 327, et 2e édit., n. 346.

Quant aux éléments dont l'absence rend les actes inexistants, ce seraient, d'après ces auteurs, le consentement, qui est nécessaire pour tous les actes, et certains éléments qui varient suivant les diverses espèces d'actes, par exemple le prix dans la vente, la différence de sexe dans le mariage. Mais l'omission des formes dans les actes solennels constituerait, non pas une cause d'inexistence, mais une cause de nullité, car on conçoit la réalisation de ces actes en l'absence de formes solennelles ; et cela est si vrai que, même aujourd'hui, ces formes ne sont pas requises pour certaines donations et qu'en droit romain, le simple consentement suffisait pour la constitution d'hypothèque. « Cependant, ajoute M. Planiol, comme la distinction de l'inexistence et de la nullité absolue est purement théorique (puisque cette dernière consiste précisément à réduire un acte réellement accompli à l'état d'inefficacité juridique qui résulterait de son inaccomplissement), on peut suivre l'opinion commune et dire qu'un acte solennel, dépourvu des solennités requises, est inexistant » (1).

Nous ne croyons pas devoir distinguer la nullité de plein droit et l'inexistence. La première rentre dans la seconde. C'est ce qui résulte, à notre avis, de cette explication que M. Planiol lui-même donne en note sous le passage précité : « Cette identité de situation entre l'acte nul de plein droit et l'acte inexistant se trouve écrite en quelque sorte dans les textes : lisez l'art. 1131, qui dit que la convention illicite (c'est-à-dire nulle) « ne peut avoir *aucun effet* », et l'art. 932, qui, parlant d'une donation non encore acceptée (c'est-à-dire non encore achevée comme convention), dit qu'elle *n'a pas d'effet*. Les actes inexistants et les actes nuls de plein droit se trouvent ainsi confondus dans le même néant ; il n'y a de différence entre eux que *dans la cause qui les rend stériles :* pour l'acte inexistant, c'est l'absence d'un élément nécessaire à sa formation ; pour l'acte nul de plein droit, c'est la volonté de la loi » (2).

Cela nous paraît prouver que les actes nuls de plein droit

(1) Planiol, I, 1re édit., n. 330, et 2e édit., n. 349.
(2) Planiol, I, 1re édit., p. 135, note 1, 2e édit., p. 142, note 2.

sont en réalité des actes inexistants, mais que l'inexistence d'un acte est due tantôt à une cause naturelle et nécessaire, tantôt à une cause établie par le législateur. Au point de vue juridique, la situation est la même dans les deux hypothèses, car, pas plus dans la seconde que dans la première, l'acte ne peut se former. D'après M. Planiol, il y a une différence, entre l'acte inexistant et l'acte nul de plein droit, *dans la cause qui les rend stériles*. Pour celui-là, ce serait « l'absence d'un élément nécessaire à sa formation » ; pour celui-ci, ce serait « la volonté de la loi ». Mais quelle est cette volonté? N'est-ce pas précisément, au moins dans certains cas, que tel élément soit *nécessaire à la formation de l'acte?* Peu importe que cet élément soit arbitrairement exigé. En droit, les impossibilités créées par une législation positive ne s'imposent pas moins que celles qui résultent de la nature des choses.

Si les actes nuls de plein droit devaient être distingués des actes inexistants, il faudrait admettre, comme paraît le faire M. Planiol [1], qu'ils se forment nonobstant la prohibition légale, mais qu'un instant de raison après leur formation ils sont de plein droit anéantis. Est-il possible que cette conception compliquée soit celle du législateur, alors qu'il était si simple pour lui de mettre obstacle à la formation même de l'acte?

D'ailleurs, dans un autre passage de son excellent traité, le savant professeur, parlant des actes « frappés de nullité absolue », c'est-à-dire des actes nuls de plein droit [2], s'exprime ainsi : « Ce sont des actes existants, *mais dont la loi ne reconnaît pas l'existence* » [3]. Si la loi ne reconnaît pas l'existence de ces actes, pourquoi, au point de vue juridique, les distinguerions-nous des actes inexistants? Conçoit-on que le législateur annule des actes dont il ne reconnaît pas l'existence?

[1] « ... La nullité est une opération qui consiste à anéantir un acte réellement accompli. — Aussi doit-on éviter avec soin d'employer, comme le font beaucoup d'auteurs, le mot « inexistant » pour l'appliquer aux actes annulés par la loi ». Planiol, I, 1re édit., n. 327, et 2e édit., n. 346.

[2] Planiol, I, 1re édit., n. 320-2°, et 2e édit., n. 339-2°.

[3] Planiol, I, 1re édit., p. 134, note 2 *in fine*, et 2e édit., p. 141, note 2 *in fine*.

Ainsi, non seulement la distinction des actes inexistants et des actes nuls de plein droit ne présente aucun intérêt pratique, mais, en théorie, elle manque de base [1].

1932. La distinction des contrats inexistants et des contrats annulables est capitale ; elle conduit à des conséquences pratiques de la plus haute importance [2] :

a. — L'annulation d'un contrat ne peut avoir lieu que par l'effet d'un jugement, qui la prononce expressément sur la demande des personnes auxquelles la loi accorde l'action en nullité. Il n'est pas besoin, au contraire, de s'adresser au juge pour détruire un contrat inexistant. Si la justice intervient (et son intervention peut devenir nécessaire en cas de contestation), l'office du juge se réduira à constater le fait de l'inexistence du contrat et à en déduire les conséquences. Ainsi j'ai participé comme acheteur à une vente inexistante, et j'ai payé le prix : si le vendeur refuse de me le restituer, il me faudra avoir recours à la justice ; mais le tribunal, en statuant sur ma demande, n'annulera pas une vente qui n'existe pas ; il se bornera à constater le fait de son inexistence juridique, et ordonnera par suite la restitution de la somme que j'ai indûment payée.

b. — Le contrat annulable produit des effets tant qu'une décision judiciaire ne l'a pas infirmé. Il engendre, par conséquent, des obligations, et c'est seulement s'il est annulé que ces obligations seront anéanties. Le contrat inexistant, au contraire, ne saurait produire aucun effet. Il ne peut donc faire naître aucun lien de droit.

(1) V. surtout dans ce dernier sens, Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 646-652, et particulièrement ces quelques lignes : « ... On pourrait dire que ce contrat, bien que réunissant les éléments nécessaires pour qu'il y ait une convention, est existant, mais frappé de nullité.... Pour moi, j'aime mieux dire.... qu'un pareil contrat *est réputé aux yeux de la loi n'avoir pas été consenti.* Si en fait se rencontrent les éléments nécessaires pour qu'il y ait contrat, *en droit on n'y trouve pas les conditions exigées par la loi pour que le contrat existe.* Donc, en matière de contrats ou plutôt d'actes juridiques, je crois qu'il n'y a pas à distinguer entre un acte radicalement nul ou un acte inexistant, *c'est au fond la même chose* », p. 647 *in fine* et 648.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 262 *bis*-II ; Demolombe, XXIX, n. 22-24 ; Mourlon, II, n. 1484-1486 ; Laurent, XV, n. 451 ; Vigié, II, n. 1643, p. 748-749 ; Bufnoir, *op. cit*, p. 649-650.

Toutefois, lorsque le contrat annulable a été détruit par la justice, non seulement il cesse de produire des effets, mais encore ceux qu'il a déjà produits sont rétroactivement anéantis. Ainsi, en définitive, ce contrat, une fois annulé, se confond avec le contrat inexistant.

c. — Les contrats annulables ne peuvent être attaqués que par certaines personnes, celles dans l'intérêt de qui la nullité a été introduite. Au contraire l'inexistence d'un contrat peut être invoquée par tout intéressé, c'est-à-dire par tous ceux dont les droits seraient limités par les effets de ce contrat, s'il avait quelque valeur. Bien plus, le juge, devant qui on se prévaudrait d'une pareille convention, pourrait l'écarter d'office en déclarant qu'elle n'a qu'une existence apparente.

d. — Quand un contrat est simplement annulable, le vice qu'il renferme est susceptible d'être purgé par une confirmation, qui peut être expresse ou tacite. Il y a confirmation tacite lorsque les intéressés ont gardé le silence pendant le temps assigné par la loi à la durée de l'action en nullité, c'est-à-dire pendant dix ans (art. 1304). Cette action est alors prescrite, et le contrat validé, puisqu'il ne peut plus désormais être utilement attaqué. Le contrat inexistant, au contraire, n'est pas susceptible d'être confirmé soit expressément, soit tacitement, et, par conséquent, il ne peut pas être question de lui appliquer la prescription décennale de l'art. 1304 [1]. On ne saurait confirmer ce qui n'existe pas. Si l'une des parties, après avoir payé, laisse passer le délai de trente ans sans exercer l'action qui lui permet de revenir sur ce paiement, on pourra sans doute lui opposer la prescription de droit commun ; mais cette prescription, qui, d'ailleurs, n'est pas fondée sur l'idée de confirmation, n'a point pour effet de donner la vie au contrat [2].

[1] Pau, 13 mai 1890. S., 91. 2. 228, D. P., 90. 2. 345. — Civ. cass., 6 nov. 1895, D. P., 97. 1. 25 et, sur renvoi, Nîmes, 13 janvier 1897, D. P., 97. 2. 128.

[2] Supposons qu'une partie, croyant à l'existence du contrat, a livré la chose qui aurait fait l'objet de son obligation, si cette dernière avait pris naissance ; supposons aussi qu'après avoir livré cette chose, elle laisse passer trente ans sans réclamer : au bout de ce temps, c'est l'action en revendication qui sera prescrite, et, si la partie qui a exécuté réclame la chose en justice, le défendeur lui opposera, non le contrat, mais une cause d'acquisition toute différente.

1933. Nous venons d'exposer en quoi les contrats annulables diffèrent des contrats inexistants. Il nous reste à montrer que cette distinction est fondée à la fois et sur la tradition et sur un ensemble de disposition du Code civil.

Elle s'appuie, disons-nous, sur la tradition, qui, dans la matière, comme l'établit M. Laurent, est représentée par d'Argentré, Bouhier, Dunod, Domat et Pothier (1). Sans doute, quand ils se sont occupés d'actes nuls et d'actes inexistants, nos anciens auteurs ont souvent employé des termes qui manquaient de précision. Mais il n'en est pas moins vrai qu'ils ont fait la distinction dont nous parlons. Comment en douter quand on lit ces paroles de Domat : « Les conventions nulles (il entendait par ces mots les conventions inexistantes) sont celles qui, manquant de quelque caractère *essentiel, n'ont pas la nature d'une convention,* comme si un des contractants était dans un état d'imbécillité d'esprit ou de corps qui le rendît incapable de connaître à quoi il s'engage. Si on avait vendu une chose publique, une chose sacrée ou autre qui ne fût point en commerce, ou si la chose vendue était déjà propre à l'acheteur » (2). Notons aussi que Pothier décidait qu'une donation nulle (il adoptait ici la même terminologie que Domat) ne pouvait pas être valablement ratifiée « parce que ce qui est nul ne peut pas être confirmé par une ratification » (3). Il reconnaissait donc qu'il faut établir une différence entre la convention annulable et celle qui existe simplement en apparence. Au surplus, — et c'est là une constatation d'une grande importance, — la distinction qui nous occupe a été considérée par les auteurs du Code comme traditionnelle : « Et d'abord, disait Jaubert, il était impossible de ne pas *conserver l'ancienne distinction* entre les actes faussement qualifiés de contrats, et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et conséquemment le principe d'une action... » (4).

Mais cette distinction est fondée, en outre, sur plusieurs

(1) Laurent, XV, n. 458-461, p. 517-524.
(2) *Lois civiles,* 1re partie, liv. I, tit. I, sect. V, n. 1 (édit. Rémy, I, p. 147 *in fine*).
(3) *Donations entre vifs,* sect. I, art. 2, § 9, 5e al. (V. aussi le 6e al.).
(4) Fenet, XIII, p. 370; Locré, XII, n. 60, p. 492.

dispositions du Code civil. Elle résulte très nettement des termes de l'article 1117, ainsi conçu : « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point *nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision* dans les cas et de la manière expliquée à la section VII du chapitre V du présent titre ». L'opposition que le législateur établit entre la convention *nulle de plein droit* et celle qui peut être attaquée au moyen d'une action *en nullité* ou *en rescision* ne peut pas s'expliquer sans la distinction que nous avons faite, ou plutôt on peut dire que c'est l'expression même de cette distinction.

Nous citerons aussi la disposition de l'article 146, où on lit : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Le défaut de consentement exclut donc la possibilité même de la formation du mariage. Or, évidemment cette proposition doit être généralisée, car toute convention suppose essentiellement le consentement. L'article 1131 est également très significatif : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, dit-il, *ne peut avoir aucun effet* ». N'est-ce pas dire qu'il ne peut pas naître d'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou ayant une cause illicite, et qu'en réalité le contrat qui paraît engendrer une obligation dans ces conditions n'existe pas ? Telle est bien, d'ailleurs, l'explication que donnait Jaubert dans son rapport au Tribunat, sur le chapitre V du titre *Des contrats ou obligations conventionnelles :* « Une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable : *il n'y a pas eu de contrat* » (1). Au surplus, le même tribun s'exprimait en termes non moins nets en ce qui regarde le défaut d'objet : « Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation ; *ce ne serait pas non plus un contrat* » (2).

On peut encore puiser un argument dans la disposition de

(1) Fenet, XIII, p. 369 ; Locré, XII, p. 391, n. 60.
(2) Fenet et Locré, *loc. cit.*

l'article 1339. En effet, si une donation qui n'a pas été faite dans les formes légales n'est pas susceptible d'être confirmée, ce ne peut être que parce qu'elle est inexistante. Si une pareille donation était simplement viciée, le législateur n'aurait certainement pas écrit cette disposition, car la confirmation d'un acte a précisément pour but de purger celui-ci du vice dont il est entaché. D'ailleurs, à propos de cette dernière disposition, Jaubert s'exprime ainsi : « Une idée vraie et simple, c'est qu'*on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé,* quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte : 1° qu'on ne peut en aucune manière, confirmer ni ratifier de *prétendues* conventions *dont la loi n'a jamais reconnu l'existence*... La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à ratification. Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, tels que les engagements des mineurs, des interdits et des femmes mariées, ils sont susceptibles de ratification » (1). Ainsi, non seulement Jaubert interprétait, comme nous l'avons fait, la disposition qui est devenue celle de l'article 1339, mais, à propos de cette disposition, il formulait très nettement la distinction des actes rescindables et des actes inexistants (2). Cette théorie trouve donc une base très solide dans plusieurs textes du Code civil (3).

(1) Fenet, XIII, p. 394; Locré, XII, n. 24, p. 524.

(2) Mouricault, l'orateur du Tribunat, s'exprimait en termes non moins nets : « A l'égard de la confirmation ou ratification, elle ne peut jamais valider les conventions *dont la loi ne reconnait pas l'existence,* et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont (ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses dispositions combinées du projet) les conventions qui ont pour objet une chose hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité ou de rescision et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement ratifiés ou confirmés par un nouvel acte valable, comme par leur exécution volontaire ». Fenet, XIII, p. 444 *in fine*-445; Locré, XII, n. 52, p. 585 *in fine*-586.

(3) A tous ceux que nous avons cités, on peut ajouter celui de l'article 1078. Le premier alinéa de cet article porte : « Si le partage (d'ascendant) n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul *pour le tout* ». En décidant que, dans le cas prévu, le partage sera *nul pour le tout,* la loi entend qu'il sera inexistant. C'est bien ce

Nous compléterons notre démonstration en reproduisant un autre passage du rapport de Jaubert : « Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement *n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager* ou que du moins, *à quelque époque qu'il soit poursuivi,* il soit toujours admis à répondre *qu'il n'y a pas d'obligation :* mais, lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une femme mariée, ne serait-il pas bien extraordinaire que le temps de la restitution ne fût pas limité? Les formes civiles n'avaient pas été observées; mais l'obligation en soi pouvait être légitime. — Il en résulte qu'*on ne devait pas, dans ce cas, déclarer d'une manière absolue qu'il n'y avait pas d'obligation;* qu'on devait se borner à dire que celui qui avait souscrit l'engagement pouvait s'y soustraire. — *La nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public;* c'est pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines. Pareillement le secours que la loi accorde à ceux dont le consentement n'a pas été libre doit être invoqué dans un délai fixé... *Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification* »[1]. Donc, selon Jaubert : 1° Tandis que la convention annulable est simplement susceptible d'être brisée par une décision judiciaire, la convention purement apparente est, de plein droit, dépourvue de tout effet; 2° Tandis que la convention annulable ne peut plus être infirmée lorsque le débiteur a laissé passer un certain délai sans l'attaquer, aucun laps de temps ne sau-

que prouve la suite du texte, car elle est ainsi conçue : « Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit *même par ceux entre qui le partage aurait été fait* ». Ainsi le second partage peut être demandé même par les intéressés qui ont figuré dans le précédent. D'ailleurs, dans l'article 1078, le législateur, ne parlant pas d'action en nullité, nous autorise à décider que les enfants ou descendants seront admis à provoquer le nouveau partage sans avoir besoin d'exercer préalablement cette action. Tout cela suppose bien qu'il s'agit d'un contrat inexistant. Laurent, XV, n. 94, p. 126-128; Thiry, II, n. 511, p. 507; Huc, VI, n. 443, p. 571 574; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations,* II, n. 3681-3683, p. 708-709. — La jurisprudence en a déduit une conséquence très importante en décidant que la seule prescription opposable aux intéressés qui invoquent l'art. 1078 est celle qui atteint l'action en partage. Besançon, 23 mars 1880, S., 81. 2. 92, D. P., 81. 2. 15.

(1) Fenet, XIII, p. 370; Locré, XIII, n. 60, p. 492.

rait donner au prétendu créancier le droit de se prévaloir de la convention qui, en réalité, ne s'est pas formée. Ce sont là deux des différences que nous avons déduites de la définition des contrats annulables et de celle des contrats inexistants.

1934. L'origine de l'annulabilité se trouve dans la *restitutio in integrum*. A Rome, dans les premiers temps, quand un acte juridique ne satisfaisait pas aux exigences de la loi, il n'avait, aux yeux de celle-ci, aucune existence, et, par conséquent, il était dépourvu de tout effet. Lors, au contraire, qu'il avait été fait conformément aux règles du droit, il était inattaquable et devait produire tous ses effets. Mais, sur ce dernier point, l'équité réagit contre la rigueur du *strictum jus*, ce qui se manifesta par l'introduction de la *restitutio in integrum* du droit prétorien. Au moyen de celle-ci, le juge venait au secours des personnes qui subissaient un préjudice résultant d'un acte régulier, mais contraire à l'équité. Cela supposait en général qu'il n'existait pas d'autre voie de recours, en d'autres termes que l'intéressé ne pouvait pas bénéficier d'une autre mesure de protection. Dans la plupart des cas, le magistrat n'accordait la *restitutio* que *cognita causa*, c'est-à-dire après examen des faits. Il ne pouvait d'ailleurs l'accorder que pour l'une des causes prévues dans l'édit et qui, d'après les *Sentences* de Paul [1], étaient la *metus*, le dol, l'erreur, la *permutatio status*, la minorité et l'absence. Mais, alors même qu'il avait à statuer sur un des cas où la *restitutio* était autorisée par l'édit, le magistrat jouissait d'un pouvoir discrétionnaire. Il fallait, d'ailleurs, que le préjudice éprouvé par le demandeur fût important. La *restitutio* n'était prononcée qu'après un débat contradictoire et n'était opposable qu'à ceux qui avaient été parties dans l'instance. Enfin, elle ne pouvait être demandée que pendant un certain délai, qui était, en droit classique, d'une année utile et, sous Justinien, de quatre années continues [2].

Tel est, dans ses grandes lignes, le procédé prétorien d'où est sortie la théorie des actes annulables. Deux idées d'une

[1] I, VII, § 2.

[2] V. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 4e édit., n. 940-949, p. 1179-1196; Girard, *Man. élém. de droit rom.*, 2e édit., p. 1030-1033, et 3e édit., p. 1048-1051.

importance capitale se sont dégagées, en effet, de la pratique de la *restitutio in integrum*. Elle se formulent ainsi : d'abord, des actes juridiques dont le législateur ne juge pas à propos de déclarer lui-même la nullité, peuvent néanmoins, sur l'initiative des parties, être anéantis. En second lieu, le droit de faire tomber ces actes n'appartient qu'à certaines personnes et ne peut s'exercer qu'à l'encontre de certaines personnes. En un mot, il s'agit ici d'une nullité relative [1].

Ces deux idées sont fécondes en conséquences, ainsi que nous le verrons dans la suite.

1935. En droit français, l'annulation des contrats ou, plus généralement, des actes est demandée, suivant les cas, par voie d'action ou par voie d'exception; mais, en toute hypothèse, elle ne peut être obtenue qu'en justice, et, comme nous venons de le voir, cela s'explique fort bien par cette considération qu'elle a pour origine la *restitutio in integrum*. Un nouveau système a été consacré par le Code civil allemand, celui de « l'annulation par voie de déclaration adressée, comme le dit l'art. 143, al. 1er, à la partie adverse à l'annulation » [2]. Dès que celui qui a le droit de se prévaloir de l'annulabilité d'un acte déclare aux intéressés qu'il use de ce droit, l'acte est annulé et les divers effets de l'annulation se produisent.

Si les auteurs du Code civil allemand ont rompu sur ce point avec la tradition, c'est à raison des inconvénients que présentait, à leurs yeux, le système de l'annulation judiciaire, et dont voici le plus grave. Alors même que la partie qui peut faire annuler l'acte affirme de la façon la plus nette et avec persistance son intention de l'attaquer, l'annulation ne se réalise pas tant que cette partie n'y conclut pas en justice, et, par suite, l'autre partie en est réduite à demeurer jusqu'à nouvel ordre dans l'incertitude et dans l'insécurité. Elle peut, sans doute, au moins d'après certains auteurs, prendre les devants en demandant aux juges de se prononcer sur la légitimité de la prétention de son adversaire. Mais, si cette prétention est déclarée fondée et que son adversaire persiste

(1) Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 352-353.
(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 359.

à ne pas prendre parti, sa situation est au moins aussi mauvaise qu'auparavant (1).

En droit romain, l'intervention de la justice avait sa raison d'être en matière d'annulation, car c'était le préteur qui détruisait l'acte attaqué; mais, dans le droit moderne, si l'on suppose que le législateur s'est placé au point de vue objectif pour déterminer les conditions de l'annulabilité, la justice ne saurait intervenir que pour enregistrer la déclaration faite par celui qui a droit à l'annulation, et, par conséquent, son intervention est inutile.

Au surplus, si la partie qui peut faire valoir l'annulabilité préfère confirmer l'acte, elle n'a pas besoin de s'adresser aux juges; et cependant la solution contraire pourrait se justifier, car, ici, les juges seraient appelés à rechercher si les conditions requises pour la confirmation sont réunies. Alors que l'intervention de la justice n'est pas nécessaire pour la confirmation, pourquoi en serait-il autrement pour l'annulation (2)? Pour ces diverses raisons, le législateur doit décréter que les actes seront annulés par simple déclaration privée (3).

Ce système, qui a été, du moins dans son idée générale, reproduit par le Code civil japonais (4), est-il vraiment supérieur au nôtre? Quand les juges prononcent l'annulation, ils reconnaissent par le fait même sa légitimité, et ils la reconnaissent même au regard des tiers, du moins au regard de ceux qui ont figuré dans l'instance. Quand l'annulation est opérée au moyen d'une déclaration privée, sa légitimité peut être contestée par l'autre partie, et, en conséquence, l'incertitude n'est point supprimée. Seulement, — et cela ne constitue point une amélioration, — la partie qui en souffre n'est pas la même que dans le système traditionnel (5).

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 360-361.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 261 *in fine* et p. 262.

(3) Nous retrouvons d'ailleurs ici la tendance — que nous avons déjà signalée deux fois — de se passer de l'intervention du juge toutes les fois qu'elle n'est pas indispensable. V. notre tome II, n. 900, et *supra*, n. 1806.

(4) « Dans le cas où la personne avec laquelle ou à l'égard de laquelle a été fait un acte annulable est déterminée, l'annulation ou la confirmation en est faite au moyen d'une déclaration de volonté adressée à cette personne ». Art. 123 (traduc. Motono et Tomii, p. 32).

(5) Saleilles, *op. cit.*, p. 363.

Les défenseurs du Code civil allemand répondent, il est vrai, que l'auteur de l'annulation peut, comme son adversaire, faire fixer judiciairement les droits de chacun. Mais, d'abord, si l'inconvénient ne peut cesser que par l'intervention de la justice, existe-t-il, au point de vue pratique, une différence appréciable entre les deux législations? Y a-t-il avantage soit à retarder cette intervention soit à décider qu'elle pourra être provoquée par celui qui repousse l'annulation? [1]. Somme toute, pour donner de la sécurité à l'une ou à l'autre des parties, on est obligé, dans le système allemand, de finir par où l'on commence dans le système français.

Au surplus, la législation allemande fait-elle vraiment cesser l'incertitude quant à l'option que peut faire celui qui a droit d'annuler? Il se peut que la partie contre laquelle l'annulation pourrait s'opérer sache de la façon la plus certaine que l'autre a constaté la cause d'annulation. A sa connaissance, par exemple, son adversaire éventuel a dit devant des tiers que, s'il le voulait, il pourrait faire tomber l'acte dont il s'agit. On peut même supposer le cas suivant, qui est certainement de nature à se présenter en pratique : celui qui peut invoquer l'annulabilité a nettement affirmé — mais seulement devant des tiers — son intention bien arrêtée de se prononcer pour l'annulation. Il n'a pas formulé cette intention avec la volonté qu'elle fût transmise à l'autre partie. Néanmoins, celle-ci en a été informée. En pareil cas, il n'y a point la déclaration requise pour l'annulation, car il faut, comme le veut l'art. 143, al. 1er, que cette déclaration soit « adressée à la partie adverse ». Cependant celui contre lequel l'annulation pourrait s'opérer se trouve menacé, et il n'a aucune ressource pour obliger l'autre partie à opter et à faire cesser

[1] Nous pourrions ajouter que le nouveau Code allemand ne prescrivant aucune forme pour la déclaration faite par la partie qui annule, la preuve de cette déclaration donnera lieu, en fait, à de très graves difficultés. — V. Saleilles, *op. cit.*, p. 363 *in fine*, et p. 364. — Les paragraphes 2, 3 et 4 de l'art. 143 déterminent quelle est la personne à laquelle l'annulation doit être déclarée. — V. aussi dans le livre précité de Saleilles, p. 359, la traduction des dispositions contenues dans ces textes. D'ailleurs, la réglementation organisée par ces dispositions ne résout pas tous les problèmes qui peuvent se présenter. — V. l'étude approfondie de la question dans Saleilles, *op. cit.*, p. 373 s.

l'incertitude. En effet, userait-il, en pareil cas, de l'action en fixation des droits de chacun, tout ce qu'il pourrait faire constater, c'est que son adversaire a le droit d'annuler, et, par conséquent, celui-ci ne continuerait pas moins à être libre d'exercer ce droit ou de confirmer.

Il n'est donc pas vrai que le système allemand fournisse un moyen sûr de faire cesser l'incertitude sur le sens dans lequel optera la partie qui peut annuler.

Quant à cette considération que, l'intervention des juges n'étant pas requise pour la confirmation, il est illogique de l'exiger pour l'annulation, elle a pour base une assimilation qui n'est pas fondée. Les deux situations sont, en réalité, bien différentes. L'annulation préjudicie à quelqu'un. Il n'en est pas de même de la confirmation. Celle-ci, qu'elle ait ou non raison d'être, c'est-à-dire que l'acte confirmé soit annulable ou non, n'est pas appelée à soulever des critiques. Personne n'a intérêt à la combattre, ou plutôt l'autre partie a un intérêt évident à ce qu'elle soit réalisée, et, d'autre part, nous ne voyons pas pourquoi les juges, s'ils étaient appelés à intervenir, pourraient repousser d'office la confirmation, du moins si elle émanait d'une personne capable.

En résumé, selon nous, la supériorité du système allemand n'est point démontrée. Tout au moins croyons-nous prudent d'attendre, pour proclamer cette supériorité, qu'on ait vu les résultats pratiques de la nouvelle législation.

II. *Distinction de l'action en nullité et de l'action en rescision.*

1936. Sous l'empire de notre ancien droit coutumier, au moins dès la première moitié du XVIe siècle, on distinguait, au point de vue de leur origine, deux catégories de nullités : la première comprenait les *nullités de droit,* c'est-à-dire celles qui dérivaient du droit romain [1], et la seconde, les *nullités d'ordonnance,* c'est-à-dire celles qui étaient établies par les coutumes ou par les ordonnances royales [2]. Les nullités

[1] Sur le sens particulier qu'a ici le mot *Droit,* voyez page suivante, note 3.

[2] Pour plus de précision, nous dirons que les *nullités d'ordonnance* étaient celles qui étaient établies par des édits, déclarations ou lettres patentes.

rentrant dans cette dernière catégorie étaient appliquées *de plano* par le juge; mais celles qui étaient fondées sur le droit romain ou l'équité naturelle, ne pouvaient être invoquées en justice sans une autorisation expresse délivrée par le roi et venant leur conférer la force obligatoire qui leur manquait[1]. Tel est le sens et l'origine de cette vieille règle, formulée par Loysel : « Voies de nullité n'ont point de lieu en France » [2] et dont la portée était ainsi délimitée par de Laurière, l'annotateur de Loysel : « Mais, quand il est question de nullités qui sont déclarées par les ordonnances et les coutumes, les voies ou exceptions de nullité ont lieu sans lettres du prince » [3]. Ce n'est pas que toutes les solutions du droit romain exigeassent, pour être appliquées, l'intervention du souverain. Tant qu'il ne s'agissait que de suppléer au silence de la loi vivante, le juge pouvait toujours recourir à ce droit comme à l'expression de la raison écrite; mais il lui était défendu d'en tenir compte, lorsque ses dispositions tendaient à limiter ou à contredire le droit en vigueur, et notamment lorsqu'elles venaient infirmer les effets d'un contrat [4], car, selon la législation cou-

[1] Guy Coquille, *Institution au droit français*. p. 6.

[2] *Institutes coutumières*, liv. II, tit. IV, règle 3. — Dans sa *Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, Jean Imbert avait dit : « Et combien semblablement qu'un contrat ou quelque autre acte soit nul par le seul bénéfice du Droit, et que de Droit commun il ne soit mestier de le faire casser et annuller : toutefois, en ce royaume, il faut le faire casser et annuller par lettres royaux : parce que voyes de nullité, soit en contracts, sentences, ou autres actes n'ont lieu en ce royaume, ains faut toujours recourir au bénéfice du Prince... » Livre I, chap. III, n. 3 (édit. de 1641, p. 19 *in fine*-20). Nous rappelons que cet ouvrage parut en 1545. — V. aussi l'*Enchiridion* du même auteur (1556), v° *Contract*, p. 61.

[3] *Institutes coutumières* de Loysel, 2e édit., annotée par Eusèbe de Laurière (1783), II, p. 236. — Pierre Guénois, dans une des notes qu'il a ajoutées à la *Pratique* d'Imbert, faisait déjà la même observation : « Cela (Voies de nullité...) se doit entendre des nullités introduites par le Droit romain, et non pas de celles qui sont irrogées par les Ordonnances ou Coutumes, qui produisent leur effect sans lettres royaux ». Imbert, *Pratique*, édit. de 1641, p. 20, note b. — De son côté, Lorry, sur le *Traité des domaines*, de Lefèvre-Laplanche, disait : « Cette règle (Voies de nullité...) ne veut dire autre chose, si ce n'est que le *Droit*, c'est-à-dire les lois romaines, n'ont point, en France, une autorité assez absolue pour opérer la nullité des choses qu'elles prescrivent ». Liv. II, chap. VII. — *Adde* Argou, *Institution au Droit français*, Liv. IV, chap. XIV (11e édit., II, p. 400-401).

[4] Tel était le cas lorsque les conventions étaient attaquées pour cause d'erreur, de dol, de violence ou de lésion. Guy Coquille, *op.* et *loc. cit.*

tumière, « toutes convenances sont à tenir », sauf celles que réprouvaient les coutumes ou les ordonnances. Dans ce conflit, les tribunaux ne pouvaient appliquer que le droit de la coutume. Les parties, intéressées à l'application des nullités dérivant du droit romain, étaient donc obligées de s'adresser au roi, pour qu'il donnât à ses juges, par lettres émanées de sa chancellerie, l'ordre exprès de *rescinder* le contrat qui se trouvait entaché d'une de ces nullités. C'étaient les *lettres de rescision* (1). De là le nom d'*action en rescision* pour désigner l'action servant à faire valoir les nullités qui avaient une telle origine, et on réserva la qualification d'*action en nullité* pour les nullités d'ordonnance et les nullités de coutume.

Quelle est l'origine des lettres de rescision ? En général, on voit dans cette institution une conséquence de la rédaction des coutumes. Cette grande mesure, dit-on, eut pour but de fortifier le pouvoir central en faisant dépendre de la sanction royale le caractère obligatoire des règles coutumières, et, en même temps, elle eut pour effet d'enlever aux lois romaines, lois étrangères et qui ne procédaient pas de la volonté du prince, l'autorité qui leur appartenait auparavant à l'égal de la coutume. Mais, fait observer M. Planiol, l'institution des lettres de rescision paraît plutôt s'expliquer par les efforts que firent les légistes pour soustraire la royauté française à la suprématie prétendue par le Saint-Empire (2). A l'appui de son opinion, M. Planiol cite ce passage d'Imbert : « Faut toujours recourir au bénéfice du prince en tout ce que les lois impériales veulent être fait par le seul bénéfice de droit, d'autant que les roys de France ne sont aucunement subjets aux lois susdites non plus qu'à l'Empire... par quoi il ne faut pas douter qu'un contrat estant nul de droit ne doive estre

(1) « Elles s'appellent *lettres de rescision* ou de *restitution en entier* ». — *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale ou le Nouveau Praticien Français*, par Lange, liv. IV, ch. XXI, édit. 1731, p. 316. — « Par ces lettres, disait Pothier, le roi mande au juge de restitner l'impétrant contre de certains actes, et de le remettre au même état que s'ils n'eussent point été passés, au cas qu'il se trouve fondé dans de justes causes pour cette restitution ». Proc. civ., part. V, ch. IV, art. 2 (édit. Dupin, IX, p. 319). — Cpr. Lange, *op. cit.*, p. 317.

(2) Planiol, II, 1re édit., n. 1327, al. 2 ; 2e édit., n. 1272, al. 2. — Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 667.

rescindé et déclaré nul par lettres du prince » (1). Il se peut que telle soit, en effet, l'origine des lettres de rescision; mais les légistes ne tardèrent pas à voir dans cette formalité un excellent moyen d'aider le pouvoir royal à supplanter le pouvoir des seigneurs (2). De plus les ressources que les lettres de rescision procuraient au fisc ont beaucoup contribué à les faire maintenir.

On voit, par ce qui précède, qu'il existait entre les deux sortes d'actions une double différence : d'abord, au point de vue des *causes* qui leur donnaient ouverture ; ensuite, quant à la *manière de les intenter*. Tandis que le demandeur en nullité pouvait porter directement son action devant les tribunaux, le demandeur en rescision devait se munir préalablement de lettres de rescision. Mais cette seconde différence n'avait aucune portée juridique. Les lettres de rescision étaient délivrées sur simple requête par les chancelleries des parlements (3), qui les octroyaient sans examen de l'affaire et ne les refusaient jamais. Aussi l'obtention de ces lettres laissait-elle toute liberté d'appréciation quant au point de savoir si la demande était bien fondée (4). Il ne s'agissait donc en réalité que d'une pure formalité de procédure.

A ces deux différences, il faut en ajouter une troisième, importante celle-là au point de vue de la *prescription*. L'action en rescision se prescrivait par dix ans seulement (5), l'ac-

(1) *Enchiridion*, v° *Contract*.

(2) Argou disait : « Parmi nous il n'y a que le Roi qui puisse accorder la restitution en entier, ce qui se fait par des lettres de chancellerie, qu'on appelle lettres de rescision... C'est pourquoi les juges des seigneurs ne peuvent jamais connaître des restitutions en entier, parce que les lettres de chancellerie sont toujours adressées à des juges royaux ». *Institution au droit français*. liv. IV, ch. XIV (11e édit., II, p. 401). — Pour justifier cette proposition que le prince pouvait seul octroyer la restitution, les légistes invoquaient ce principe général que le roi était la source de toute justice.

(3) Quand il s'agissait d'une matière rentrant dans le cas de l'édit des présidiaux, les lettres de rescision pouvaient être délivrées par les chancelleries de ces juridictions. Pothier, *op.* et *loc. cit.*

(4) Argou l'atteste en ces termes : « On les accorde (les lettres de rescision) sans connaissance de cause, et c'est aux juges, à qui elles sont adressées, à examiner si la cause est juste et si elle est véritable ». *Op.* et *loc. cit.*

(5) Ordonnance de Louis XII, de juin 1510, art. 46 : « Et afin que les domaines et propriétéz des choses ne soient incertaines et sans sûreté es mains des posses-

tion en nullité, au contraire, ne se prescrivait que par trente ans, sauf exception pour l'action en nullité fondée sur l'inobservation des formes spéciales exigées dans l'intérêt des mineurs, qui était soumise à la prescription décennale (1), comme l'action en rescision qu'ils auraient eue à intenter pour cause de lésion.

Lorsqu'éclata la révolution, les causes politiques qui avaient conduit à séparer ces deux actions pour les assujettir à un régime différent, avaient depuis longtemps cessé d'exister ; les conséquences pratiques de cette distinction durent également disparaître. La loi des 7-11 septembre 1790 supprima les chancelleries et abolit les lettres de rescision (art. 20 et 21) (2). Mais cela ne supprimait pas la différence qui existait

seurs d'icelles, si longuement qu'ils ont esté ci-devant, et que la preuve des parties ne périsse ou soit rendue difficile par laps de temps, es cas ci-après déclarez ; nous avons ordonné et ordonnons que toutes rescisions de contracts, distracts ou d'autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre moitié de juste prix, se prescriront d'oresnavant tant en nos païs coustumiers que de droit escrit, par le laps de dix ans continuels, à compter du jour que lesdits contracts, distracts ou autres actes auront esté faits, et que la cause de crainte, violence ou autre cause légitime empeschant de droit ou de fait la poursuite desdites rescisions cessera, notamment statuts, coutusmes ou usances quelconques à ce contraires, ausquelles quant à ce que nous avons derogé et derogeons de nostre certaine science, pleine puissance et autorité royale ». *Recueil* d'Isambert, XI, p. 595. — Cette disposition a été reproduite dans l'art. 30 du ch. VIII de l'ordonnance de François Ier, d'octobre 1535.

(1) Ordonnance de François Ier, d'août 1539 (ordonnance de Villers-Cotterets), art. 134 : « Nous voulons oster aucunes difficultés et diversités d'opinions, qui se sont trouvées par ci-devant sur le temps que se peuvent faire casser les contracts faits par les mineurs ; ordonnons qu'après l'âge de trente cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourra pour le regard du privilège ou faveur de minorité, plutost déduire ne poursuivir la cassation desdits contracts, en demandant ou en défendant par lettres de relièvement ou restitution ou autrement, soit par voie de nullité (pour aliénation des biens immeubles faite sans décret ni authorité de justice) ou pour lésion, déception ou circonvention, sinon, ainsi qu'en semblables contracts, seront permis aux majeurs d'en faire poursuite par relièvement ou autre voie permise de droit ». *Recueil* d'Isambert, XII, p. 628.

(2) Art. 20 : « Les chancelleries établies près les cours supérieures et les présidiaux, ensemble l'usage des lettres royaux, qui s'y expédient, demeureront supprimés aux époques respectivement fixées par les art. 15 et 17 ci-dessus ».

Art. 21 : « En conséquence, et à compter des mêmes époques, il suffira, dans tous les cas où lesdites lettres étaient ci-devant nécessaires, de se pourvoir pardevant les juges compétents pour la connaissance immédiate du fond... » Devilleneuve et Carette, *Lois annotées*, I, p. 62, col. 2.

entre l'action en nullité et l'action en rescision, au point de vue de la prescription.

Quelques années après, le Code civil, dans l'art. 1304, soumit à la même prescription, celle de dix ans, toutes les actions tendant à faire prononcer l'annulation ou la rescision d'un contrat [1]. Ainsi l'ancienne distinction a perdu le seul intérêt qu'elle continuât à présenter. Il est donc certain qu'elle a disparu. Mais faut-il en conclure que la loi actuelle place absolument sur la même ligne la nullité et la rescision ? Ainsi que nous allons le prouver, il ne faut pas aller jusque-là.

1937. Dans de nombreux textes du Code civil, les expressions *nullité, rescision,* et les adjectifs qui en sont dérivés, *nul, annulable, rescindable,* paraissent avoir été employés indifféremment et comme synonymes. V. notamment art. 887, al. 1, art. 892, 1110, 1111, 1113, 1117, 1304, 1338. Mais il est remarquable que, lorsqu'il s'agit particulièrement du vice qui a sa source dans la lésion, le législateur affecte d'employer exclusivement l'expression *rescision* et ses dérivés, quelquefois celle de *restitution*. V. art. 887, al. 2, art. 1305, 1306, 1310, 1311, 1313, 1674 [2]. Le mot *rescision* a donc deux sens dans le langage du Code civil : un sens large, dans lequel il comprend toutes les nullités, quelle qu'en soit la cause, et un sens restreint, dans lequel il ne désigne plus que la nullité fondée sur la lésion. C'est toujours dans ce sens restreint qu'est pris le mot *rescision,* lorsqu'on oppose l'action en rescision à l'action en nullité. On entend alors désigner par *action en rescision* celle qui a sa source dans la lésion et par *action en nullité* celle qui est fondée sur une autre cause d'annulation, quelle qu'elle soit [3].

Mais il ne faut pas exagérer cette différence, et dire, comme le font plusieurs auteurs, que l'action en nullité est fondée sur ce que la convention attaquée ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, tandis que l'action en rescision

[1] Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 287, Locré, XII, n. 173, p. 390.

[2] Marcadé, IV, n. 874 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 247, et 5e édit., p. 411 ; Laurent, XVIII, n. 528.

[3] Cpr. Bufnoir, *op. cit.,* p. 667.

suppose une obligation valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion. C'est aller trop loin. La lésion est un vice spécial du consentement, inhérent à la constitution même du contrat et contemporain de sa formation, de même que l'erreur, la violence ou le dol, et, par conséquent, l'acte qui en est atteint ne réunit pas les conditions nécessaires à sa validité. A cet égard, l'action en rescision est de même nature que l'action en nullité, et elles produisent les mêmes effets (1).

Il faut se garder aussi d'une autre exagération en sens contraire, qui consiste à ne voir entre ces deux actions qu'une différence de terminologie, de sorte que la distinction dont il s'agit ne représenterait « qu'une vaine question de mots » (2). Elles diffèrent en effet par leur *cause*. Le fondement de l'action en rescision repose sur l'existence d'un préjudice dans la mesure déterminée par la loi. Par conséquent il suffira au demandeur de l'établir pour obtenir la rescision de la convention, alors même qu'elle sera irréprochable à tous les autres points de vue. L'action en nullité est, au contraire, fondée sur toute autre cause d'invalidité des conventions, laquelle peut être le dol, l'erreur, l'incapacité, le défaut de formes, etc. Donc, quand le demandeur aura prouvé le fondement, quel qu'il soit, de son action, le juge devra prononcer la nullité, sans qu'il soit nécessaire qu'aucune lésion ait été subie (3).

Cette différence dans le principe de l'une et de l'autre actions conduit à une conséquence qui fait apparaître l'intérêt pratique de la distinction. Les causes, qui donnent lieu à l'action en nullité, sont de leur nature irréparables, du moins en l'absence de toute confirmation expresse ou tacite ; le juge ne pourrait pas, sans violer la loi, refuser de prononcer la nullité et obliger celui qui la demande à recevoir seulement une indemnité. Il en est autrement de l'action en rescision : elle peut être arrêtée par l'offre d'une indemnité pécuniaire suffi-

(1) Demolombe, XXIX, n. 38. — *Contra* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 248, et 5e édit., p. 412 *in fine*, et p. 413; Laurent, XVIII, n. 528, p. 536.

(2) Demolombe, XXIX, n. 26-28; Thiry, III, n. 96 *in fine*, p. 124.

(3) Laurent, XXIX, n. 528, p. 536. — Cpr. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 248, et 5e édit., p. 413.

sante pour effacer la lésion. Il est vrai que la loi ne le dit expressément que pour le partage (art. 891) et pour la vente (art. 1681). Mais c'est là un principe général applicable à toute action en rescision. Cette action étant uniquement fondée sur la lésion que le demandeur éprouve, si le défendeur offre de réparer le préjudice, la demande doit tomber, parce qu'elle n'a plus de raison d'être. Le vice qui justifie la rescision est en soi parfaitement réparable [1].

§ II. *Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de nullité ou par voie de rescision.*

I. *Cas d'application de l'action en nullité.*

1938. Nous ne devons traiter ici que des nullités qui font l'objet de la section VII de notre titre. Nous n'avons donc pas

[1] Duranton, XII, n. 526; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 248 *in fine*, 5e édit., p. 413; Laurent, XXIX, n. 529; Bufnoir, *op. cit.*, p. 667 *in fine*. — *Contra* Demolombe, XXIX, n. 41. — Pour les auteurs qui estiment, comme le font MM. Aubry et Rau, que l'action en nullité suppose une obligation dépourvue d'une condition de validité et que l'action en rescision suppose, au contraire, une obligation valable, notre distinction a une autre conséquence très importante. Il en est ainsi, du moins, si ces auteurs admettent, en matière de chose jugée, que la décision repoussant la demande en nullité d'une convention pour cause d'un des vices du consentement crée une fin de non recevoir contre une demande ultérieure en nullité de la même convention pour cause d'un autre de ces vices. Dans le système dont nous parlons, l'action en rescision n'excluant pas la validité de la convention, rien ne s'oppose à ce qu'on puisse l'exercer après avoir échoué dans la demande en nullité fondée sur l'erreur, le dol ou la violence, ou *vice versâ*. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 248, note 2 *in fine*, et 5e édit., p. 412, note 2; Laurent, XVIII, n. 539, p. 538. — De même, devant la cour d'appel, une demande en nullité ne peut pas être convertie en demande en rescision, ni *vice versâ*. Sans quoi, il y aurait demande nouvelle. Or toute demande susceptible d'appel doit pouvoir être soumise à deux degrés de juridiction. — *Sic* Aubry et Rau et Laurent, *op. cit.* — *Contra* Troplong, *Vente*, II, n. 687 s.; Demolombe, XXIX, n. 42. — Nous admettons également ces deux solutions. Mais, à nos yeux, elles seraient exactes alors même qu'il ne faudrait pas distinguer l'action en rescision de l'action en nullité. On verra, en effet, que, d'après nous, la présomption attachée à la chose jugée ne fait pas obstacle à ce que celui qui a succombé sur une demande en nullité pour cause d'un des vices du consentement, soit recevable à attaquer ensuite la même convention comme entachée d'un autre de ces vices. — V. le commentaire de l'art. 1351. — Donc, même si nous estimions que l'action en rescision se confond avec l'action en nullité, nous devrions logiquement, sur les deux points indiqués plus haut, nous prononcer comme nous le faisons.

à parler de celles qui résultent de dispositions éparses dans le Code civil [1].

Dans les articles que nous expliquons maintenant, le législateur n'a en vue que les conventions; et, pour les conventions, les actions en nullité dont il s'occupe sont :

1° Celles fondées sur l'*erreur*, la *violence* ou le *dol*. Art. 1304, al. 2 [2].

L'annulabilité que ces actions servent à faire valoir est purement relative; en d'autres termes, la partie dont le consentement a été vicié est seule admise à l'invoquer [3]. Toutefois, ce droit passe aux héritiers et successeurs universels de cette partie.

Rappelons, au surplus, que les créanciers peuvent exercer au nom de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, les actions dont il s'agit [4].

1939. 2° Les actions qui dérivent de l'*incapacité* de l'obligé. Art. 1304 [5]. Les obligations conventionnelles sont annulables pour cette cause, lorsqu'elles ont été contractées par un interdit, par une femme mariée non autorisée (art. 1124) ou par une personne soumise à un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil dans les cas où elle est exigée. Art. 499 et 513 [6]. C'est à dessein que nous omettons sur cette liste les mineurs, dont l'incapacité a reçu de la loi une organisation différente; nous avons déjà dit [7] et nous établirons bientôt qu'ils sont incapables, non pas de contracter, mais de se léser par un contrat [8].

(1) V. art. 472, 1554 s., 1596, 1597, 1599.

(2) V. notre tome I, n. 53-70 (pour l'erreur), n. 72-98 (pour la violence), n. 99-119 (pour le dol).

(3) Si le vice du consentement avait existé de part et d'autre, par exemple, si, des deux côtés, il y avait eu erreur dans les conditions prévues par l'al. 1er de l'art. 1110, l'une et l'autre des parties pourraient demander la nullité. Mais alors chacune d'elles fonderait exclusivement son action sur le vice entachant son propre consentement. Il serait donc toujours vrai de dire que la nullité est relative.

(4) V. notre tome I, n. 615.

(5) V. notre tome I, n. 230-242.

(6) Toutefois, à la différence de l'interdit ou de la femme mariée, l'individu, pourvu d'un conseil judiciaire, est seulement frappé d'une incapacité spéciale. V. notre tome I, n. 233.

(7) I, n. 230.

(8) V. *infra*, n. 1953.

1940. 3° Les actions en nullité fondées sur la violation des formes spécialement prescrites pour certains actes dans l'intérêt des mineurs et des interdits. C'est ainsi que la vente d'un immeuble appartenant à un mineur ne peut être consentie sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Ces formes et les actes qu'elles doivent accompagner sont indiqués dans les art. 457 à 467 pour les mineurs non émancipés, et dans les art. 483 à 484 pour les mineurs émancipés. Il faut les distinguer avec le plus grand soin des formalités exigées pour certains contrats, et dont l'absence entraîne l'inexistence même de l'acte juridique (1). Elles ont un tout autre caractère ; leur objet est de garantir d'une manière plus efficace les intérêts de certains incapables. Ce sont des mesures de protection. Aussi l'inobservation de ces formes ne rend-elle pas la convention inexistante (2).

Mais, du moins, elle a pour effet de la rendre annulable. Il est vrai que, dans ce cas, le Code ne prononce pas de nullité textuelle ; il se borne à dire qu'on *ne peut pas* vendre, transiger, etc., sans observer les formalités qu'il prescrit. Mais la nullité découle virtuellement de la prohibition de la loi et du but qu'elle s'est proposé en prescrivant les formalités (3).

La convention étant annulable, il en résulte d'abord, et c'est la loi elle-même qui exprime cette conséquence dans le cas particulier où le mineur a agi seul, que cette convention peut être confirmée par l'incapable devenu capable. « *Il* [le » mineur] *n'est plus recevable à revenir contre l'engagement* » *qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a* RATIFIÉ *en majo-* » *rité, soit que cet engagement fût* NUL EN SA FORME, *soit qu'il* » *fût seulement sujet à restitution* ». Art. 1311 (4).

(1) V. *supra*, n. 1930.

(2) Huc, VIII, n. 204, p. 255 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 651 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1142, et 2e édit., n. 1086. — Tribunal de l'emp. allemand (Leipzig), 13 juin 1884, S., 86. 4. 17.

(3) Huc, *loc. cit.*

(4) La confirmation peut, d'ailleurs, dans ce cas, être tacite. Ainsi, la personne qui se prévaut d'actes que, pendant sa minorité, son tuteur a faits sans remplir les formalités prescrites par la loi, est réputée confirmer ces actes, et, par suite, n'est pas recevable à les attaquer en justice. Rennes, 6 juillet 1820, D., *Répert. alph.*,

Il en résulte encore que l'action en nullité n'appartient qu'à ceux dans l'intérêt de qui elle a été établie; elle ne peut être exercée que par l'incapable, ou en son nom par son tuteur. Arg. art. 1125 (1). Et notamment, l'annulabilité ne saurait être invoquée par les coobligés de l'incapable. Arg. art. 1208 et 2012, al. 2.

L'annulabilité est attachée au seul fait de l'inaccomplissement des formes prescrites. Elle est donc encourue, soit que l'acte émane du tuteur seul, soit qu'il ait été accompli par le mineur non émancipé, en l'absence de son tuteur, ou par le mineur émancipé, assisté ou non de son curateur (2). Nous n'ajoutons pas : ou par l'interdit, parce qu'à la différence du mineur, il figure, nous venons de le voir, parmi les incapables de contracter, et que, dès lors, il n'y a, en ce qui le concerne, aucun intérêt à distinguer la nullité de forme de celle qui provient de son incapacité.

Au contraire, l'observation des formalités prescrites rend l'acte tout aussi valable que s'il avait été passé par une personne jouissant du plein exercice de ses droits civils. « *Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un*

v° *Oblig*, n. 2989-3°. — Ainsi encore, la femme majeure qui, en qualité de créancier concordataire, fait remise à son mari, actuellement en faillite, de partie du prix d'un de ses propres vendus par lui avec le concours et pendant la minorité de la femme, confirme cette vente par une exécution volontaire et devient par là non recevable à en demander l'annulation. Cass., 8 déc. 1852, S., 53. 2. 480, D. P., 53. 2. 135.

(1) V. notre tome I, n. 238.

(2) On décide très généralement que les actes faits sans observation des formes légales, par le pupille lui-même ou par le mineur émancipé, non assisté de son curateur, peuvent être attaqués par une action en nullité proprement dite. V. Duranton, *Cours de dr. civ.*, X, n. 286 et 287 (Cet auteur avait d'abord adopté l'opinion contraire dans son traité des *Contrats*, I, chap. II, sect. II, § 1); Proudhon et Valette, II, p. 489; Frédéric Duranton, *Rev. étrang.*, 1843, X, p. 689 et s.; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 827; Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-IV à 270 *bis*-X; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 251, texte et note 13, et 5e édit., p. 416, note 13; Demolombe, XXIX, n. 93 et 97; Bufnoir, *op. cit.*, p. 672; Planiol, II, 1re édit., n. 1140, et 2e édit., n. 1084, al. 2. — Rennes, 17 nov. 1836, S., 37. 2. 354. — Civ. rej., 13 juil. 1857, D. P., 57. 1. 334. — Civ. cass., 1er juin 1870, D. P., 70. 1. 432. — Cependant, quelques rares auteurs enseignent que ces actes sont simplement rescindables pour lésion. — Marbeau, *Traité des transactions*, n. 12. — Cpr. Merlin, *Quest.*, v° *Hypothèques*, § 4, n. 3.

» *partage de succession, ont été remplies, ils sont, relative-* » *ment à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en* » *majorité ou avant l'interdiction* ». Art. 1314. Cette disposition suppose manifestement que l'acte a été accompli par ceux qui en avaient le droit, c'est-à-dire par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs, ou par le mineur émancipé assisté de son curateur dans les cas où cette assistance suffit. Ces conditions remplies, l'acte ne peut être annulé ni pour défaut de formes ni pour cause d'incapacité; mais est il rescindable pour cause de lésion? C'est ce que nous examinerons bientôt [1].

II. *Cas d'application de l'action en rescision.*

1941. Au point de vue de l'action en rescision pour cause de lésion, la loi a établi entre les majeurs et les mineurs deux principales différences.

a. Pour les majeurs, la lésion, en principe, n'est pas une cause de rescision; quant à eux, c'est par exception seulement qu'elle a ce caractère. Le Code, qui avait posé ce principe dans l'art. 1118 à propos des conventions, le formule de nouveau dans l'art. 1313, mais en le généralisant : « *Les* » *majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans* » *les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le* » *présent Code* ». Ces cas, énumérés limitativement par la loi, sont l'acceptation de succession (art. 783), le partage d'une masse indivise (art. 887, 1079, 1476, 1872) et la vente d'un immeuble (art. 1674). Nous avons expliqué les motifs qui ont poussé le législateur à restreindre dans des limites aussi étroites les effets de la lésion entre majeurs [2].

Relativement aux mineurs, la lésion est au contraire une cause générale de rescision des conventions. Non seulement ils peuvent l'invoquer dans les mêmes cas et de la même manière que les majeurs, mais, en outre, ils sont admis à faire tomber pour cette cause toutes les conventions qu'ils auraient consenties eux-mêmes en dehors des limites de leur capacité. C'est là une faveur qui leur est accordée à raison

[1] V. *infra*, n. 1949.
[2] V. notre tome I, n. 121.

de leur âge. La loi suppose qu'avant d'avoir atteint l'âge légal de la majorité ils n'ont pas assez d'expérience et de jugement pour s'obliger seuls d'une manière pleinement valable. Néanmoins, comme cette présomption est parfois démentie par les faits, et qu'un acte émané d'un mineur peut lui être profitable, la loi ne lui permet pas de faire annuler l'acte en se bornant à alléguer son incapacité ; elle l'autorise seulement à le faire rescinder en prouvant qu'il lui a été préjudiciable. C'est une sage conciliation de la protection due aux mineurs avec le principe de la stabilité des contrats (1).

1942. *b.* La loi détermine toujours la *quotité de la lésion* dans les cas où elle admet que la lésion peut être pour les majeurs une cause de rescision. C'est ce qu'exprime l'art. 1313 précité, lorsqu'il dit que les majeurs ne sont restitués que sous les *conditions* « spécialement exprimées dans le présent Code ». Ainsi les partages ne sont rescindables que pour lésion *de plus du quart* (art. 887, 1079) ; la vente ne l'est que pour lésion de plus de sept douzièmes, et seulement s'il s'agit d'un immeuble. Art. 1674. Au contraire, la loi ne fixe pas l'importance de la lésion qui est nécessaire pour faire rescinder les conventions passées par les mineurs. L'art. 1305 dispose même que *la simple lésion* donne ouverture en leur faveur à une action en rescision. La simple lésion, c'est-à-dire une lésion quelconque (2), pourvu toutefois qu'elle soit appréciable. Mais quand faut il dire que la lésion présente ce caractère ? C'est là une question de fait (3).

(1) Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 371 *in fine*, Locré, XII, n. 61, p. 494. — Cpr. Laurent, XVI, n. 45.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 257, et 5e édit., p. 424 ; Demolombe, XXIX, n. 100 ; Huc, VIII, n. 206, p. 256.

(3) « Cependant, disait Jaubert dans son rapport au Tribunat, à propos de l'article 1305, ce mot *lésion* emporte avec lui l'idée d'un dommage un peu remarquable ; c'est au juge à prononcer sur ce point ». Fenet, XIII, p. 372, Locré, XII, p. 494, n. 61 ; Toullier, VII, n. 575 ; Duranton, X, n. 288 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 257, note 12, et 5e édit., p. 424, note 12 ; Demolombe, XXIX, n. 100 ; Laurent, XVIII, n. 540 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 690 *in fine* et p. 691. — M. Larombière fait observer qu'on peut *jusqu'à un certain point, par analogie*, prendre dans l'article 1619 la mesure de la lésion notable que le mineur doit éprouver pour avoir le droit de poursuivre la rescision. D'après ce texte, le défaut de contenance vendue ne peut motiver une augmentation ou une diminution de prix que s'il y a une différence d'un vingtième au moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets

1943. *c.* A l'égard des majeurs, la lésion ne peut exister que s'il y a inégalité de valeur entre les prestations promises, de part et d'autre. Il en est autrement en ce qui concerne les mineurs. Par cela seul qu'une convention faite par eux leur cause un préjudice pécuniaire, le juge peut les considérer comme lésés, la chose qu'ils ont reçue en vertu de cette convention fût-elle d'un prix égal ou même supérieur à celui de la chose qu'ils ont donnée. Tel serait le cas si un mineur achetait, à son véritable prix, un immeuble dont l'entretien serait pour lui une lourde charge. En effet, relativement à la détermination de la lésion subie par les mineurs, le juge a une très grande liberté d'appréciation (1).

III. *Etude spéciale de l'action en rescision appartenant aux mineurs.*

1944. Il importe donc peu que le préjudice résulte immédiatement ou médiatement de l'acte accompli par le mineur. *Immédiatement,* par exemple s'il a acheté 2.000 fr. une chose qui en vaut 1.000; *médiatement,* comme s'il a emprunté de l'argent et qu'il l'ait dissipé (2).

Mais il est essentiel, du moins, que le préjudice procède de l'acte même qui est attaqué. Aussi, aux termes de l'art. 1306 : « *Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lors-* » *qu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu* ».

vendus. Larombière, V, p. 393 (art. 1305, n. 16). — Comme on le voit par la façon même dont il s'exprime, M. Larombière estime simplement que, rationnellement, les juges pourraient s'inspirer de la disposition de l'art. 1619. Il ne faut donc pas exagérer la portée de sa proposition. Demolombe, *loc. cit.*

(1) Demolombe, XXIX, n. 101; Mourlon, II, n. 1510; Larombière, V, p. 392 (art. 1305, n. 15); Laurent, XVIII, n. 537. — Mais il a été jugé qu'au point de vue de l'application de l'article 1305, cette circonstance que les objets acquis par un mineur sont des objets de luxe, ne suffit pas pour qu'il y ait lésion, si les acquisitions dont il s'agit sont en rapport avec la fortune du mineur. Bruxelles, 20 pluviôse an XIII, S. chr., II, 2, 26, col. 3. On lit dans cette décision que « la mesure de cette lésion (lésion prévue par l'art. 1305) est subordonnée aux circonstances, à la nature des engagements, *à la qualité et aux facultés des mineurs* ».

(2) Marcadé, IV, n. 893 *in fine:* Colmet de Santerre, V, n. 271 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 256-257, texte et note 11 et 5e édit., p. 423, texte et note 11; Villequez, *Rev. hist.*, 1861, VII, p. 27; Demolombe, XXIX, n. 102; Arntz, III, n. 277, p. 148; Huc, VIII, n. 206, p. 256; Bufnoir, *op. cit.*, p. 691. — Dijon, 12 avril 1880, S., 82. 2. 313.

La loi a voulu protéger les mineurs contre leur propre faiblesse, et non contre les accidents, cas fortuits ou de force majeure dont les personnes capables peuvent aussi être les victimes, quelle que soit leur prudence. D'ailleurs, à proprement parler, on ne peut pas dire que, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1306, il y ait lésion; car le préjudice éprouvé par le mineur n'est point une conséquence du contrat, soit directe, soit même indirecte (1).

L'article 1306 n'est pas applicable lorsque le fait qui a produit la lésion pouvait être prévu au moment de la convention : un mineur donne à bail, moyennant le véritable prix du loyer, un immeuble qui, au cours de cette location, acquiert une importante plus-value, une nouvelle rue ayant été ouverte dans le quartier. Si, à l'époque où le mineur a traité, le percement de cette voie était projeté, il pourra demander la rescision (2).

1945. Par application des règles de droit commun, c'est au mineur, demandeur en rescision, d'établir la lésion par lui alléguée. On ne saurait, à l'appui de la solution contraire, déduire un argument de l'article 1241. Ce texte suppose qu'en exécution d'une obligation valable, un débiteur paie entre les mains d'un créancier incapable, et il décide que ce paiement n'est pas valable, à moins que le débiteur ne prouve qu'il a tourné au profit du créancier. Or, l'article 1305 prévoit une hypothèse bien différente, celle où le mineur demande la rescision de la convention par lui faite. C'est donc à lui qu'il incombe, dans ce cas, de justifier de la lésion. Quant à son adversaire, il n'aura de preuve à administrer que si, une fois la lésion établie, il prétend que la prestation par lui accomplie a tourné au profit du créancier (3).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XXI et 271 *bis*-I; Demolombe, XXIX, n. 103; Larombière, V, p. 396 (art. 1306, n. 2); Laurent, XVIII, n. 539; Huc, *loc. cit.* — Voir une application de l'art. 1306 dans Bourges, 8 mai 1815, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2912. — Suivant l'heureuse expression de M. Laurent : « La loi n'entend pas garantir le mineur à l'instar d'une compagnie d'assurance : elle se borne à le restituer contre le contrat qu'il a fait ». *Loc. cit.*

(2) Demolombe, XXIX, n. 104.

(3) Delvincourt, II, p. 591-592; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 256, texte et note 10, et 5e édit., p. 423, texte et note 10; Villequez, *Rev. hist.*, 1861, VIII, p. 36 à 38;

Ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, la question de savoir si un mineur a été lésé est une pure question de fait. Elle est donc souverainement tranchée par les tribunaux, et, par conséquent, elle échappe à l'examen de la cour suprême (1).

1946. L'action en rescision, ainsi accordée contre toutes sortes de conventions, constitue un privilège personnel aux mineurs. D'où il suit qu'elle n'appartient, ni aux personnes capables qui ont traité avec eux (art. 1125), ni même à leurs coobligés, codébiteurs solidaires ou cautions. Art. 1208, 2012, al. 2 (2).

Mais de ce qu'elle n'a été introduite qu'en faveur des mineurs, il ne faut pas conclure qu'elle est intransmissible comme exclusivement attachée à leur personne. C'est un droit pécuniaire qui fait partie du patrimoine; elle passe donc à leurs héritiers (3) et peut être exercée en leur nom par leurs créanciers. Art. 1166 (4).

1947. L'action en rescision, considérée comme privilège personnel aux mineurs, est accordée dans une mesure différente aux mineurs émancipés et aux mineurs non émancipés. L'article 1305, qui est le siège de la matière, est ainsi conçu : « *La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et,*

Demolombe, XXIX, n. 99; Laurent, XVIII, n. 536; Arntz, III, n. 277 *in fine*: Huc, VIII, n. 204. — V. spécialement pour l'interprétation de l'art. 1241 Bufnoir, *op. cit.*, p. 691 *in fine*, p. 692-694. — Toulouse, 13 fév. 1830, S., 31. 2. 314, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 365-1°. — Bastia, 26 mai 1834, S., 35. 2. 27, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 930-1°. — Nancy, 12 janv. 1875, S., 75. 2. 52, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commerçant*, n. 73. — Lyon, 17 août 1880, D. P., 81. 2. 16. — Trib. Castres, 15 janv. 1886, *Gaz. Trib. Midi* du 2 mai 1886. — Lyon, 16 janv. 1889, *Mon. jud. Lyon* du 14 fév. 1889.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 257, et 5e édit., p. 424; Demolombe, XXIX, n. 106; Huc, VIII, n. 207 *in fine*. — Req., 8 août 1859, S., 60. 1. 460; 24 avril 1861, S., 61. 1. 625, D. P., 61. 1. 256. — Lyon, 14 déc. 1889, *Mon. jud. Lyon* du 27 fév. 1890.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 257, texte et note 15, et 5e édit., p. 424, texte et note 15; Laurent, XVIII, n. 542; Huc, VIII, n. 206, p. 256.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 258, et 5e édit., p. 425; Laurent, XVIII, n. 543; Huc, VIII, n. 206, p. 256.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 128, note 48 et p. 258, et 5e édit., p. 211, note 48 et p. 425; Laurent, XVI, n. 420 et XVIII, n. 543; Huc, VIII, n. 206, p. 256. — Bastia, 26 mai 1834, S., 35. 2. 27.

en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation ».

L'explication de ce texte a longtemps donné lieu à de vives controverses; mais, aujourd'hui, on est d'accord en ce qui la concerne. Voici l'opinion qui a prévalu en doctrine et qui seule, d'ailleurs, est connue en pratique.

Notons d'abord que l'article 1305 est étranger à l'hypothèse où les actes des mineurs sont soumis par la loi à des formalités spéciales, et où, en fait, ces formalités n'ont pas été observées.

Or, si l'on fait abstraction de cette hypothèse, on peut donner de l'article 1305 la paraphrase suivante :

Le secours de l'action en rescision est accordé au mineur (qu'il s'agisse d'un mineur non émancipé ou d'un mineur émancipé) pour toutes les conventions qu'il a passées personnellement et qui excèdent les bornes de sa capacité.

Le mineur non émancipé est donc autorisé, sans distinction, à attaquer par l'action en rescision toutes les conventions qu'il a faites lui-même, car toutes excèdent les bornes de sa capacité, puisqu'il est frappé d'une incapacité générale de contracter (art. 1124) ou plutôt de se léser.

Le mineur émancipé, au contraire, est privé de l'action en rescision pour toute une catégorie de conventions, celles qui rentrent dans le cercle des actes de pure administration, car, dans cette sphère, il est aussi capable qu'un majeur. Art. 481. A son égard, par conséquent, l'action en rescision n'est possible que pour les autres conventions.

Nous allons justifier ces propositions en nous plaçant successivement au point de vue des mineurs non émancipés et au point de vue des mineurs émancipés.

A. *Mineurs non émancipés.*

1948. Les actes qui intéressent un mineur non émancipé rentrent nécessairement dans une de ces trois catégories :

Ou bien l'acte a été accompli par le tuteur seul. Telle est aujourd'hui la règle. On sait, en effet, que, dans notre droit,

à la différence de ce qui se pratiquait à Rome, ce n'est pas le mineur qui agit avec l'autorisation de son tuteur; c'est le tuteur qui agit et qui représente le mineur dans tous les actes civils. Art. 450.

Ou bien l'acte émane du mineur seul. C'est là une infraction aux règles de la tutelle; mais, l'hypothèse étant susceptible de se produire en fait, la loi l'a prévue.

Ou enfin l'acte a été passé par le mineur et le tuteur ensemble, ou, comme on dit souvent, sous la pression d'un souvenir du droit romain, par le mineur avec l'autorisation de son tuteur. Ce troisième cas se confond avec le premier; car le tuteur, du moment qu'il a figuré dans l'acte, y a consenti et se l'est par suite approprié; c'est absolument comme s'il avait agi lui-même seul (1).

De sorte qu'il ne reste que deux hypothèses en présence : celle où l'acte a été ou est censé avoir été accompli par le tuteur et celle où il a été fait par le mineur seul. Quelle est celle qui donne ouverture à l'action en rescision?

N° 1. L'acte émane du tuteur seul.

1949. Envisageons d'abord les cas où, pour la validité de l'acte, le législateur exige certaines formalités spéciales, notamment l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Si le tuteur ne satisfait pas aux prescriptions de la loi, l'acte est annulable pour vice de formes (2) et non pas rescindable pour cause de lésion (3); si le tuteur observe les formalités requises, l'acte est inattaquable. Dans

(1) Duranton, X, n. 284; Marcadé, IV, n. 891; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 253 *in fine*-254, et 5e édit., p. 420, texte et note 5; Demolombe, VIII, n. 807, et XXIX, n. 98; Larombière, V, p. 388, *in fine* (art. 1305, n. 12); Laurent, XVI, n. 43, p. 58; Huc, VIII, n. 211; Planiol, I, 1re édit., n. 2628 *in fine*, et 2e édit., n. 2363 *in fine*. — Cpr. Req., 24 avril 1861, S., 61. 1. 625.

(2) V. *supra*, n. 1940.

(3) Pourrait-on, dans ce cas, en assimilant le tuteur au mandataire qui a excédé ses pouvoirs, dire que la nullité est absolue? Non, car le tuteur a le pouvoir général de représenter le mineur dans tous les actes relatifs au patrimoine de ce dernier; mais, pour certains de ces actes, ce pouvoir est soumis à des conditions de forme. L'absence de ces conditions a pour effet, non pas d'opérer le retrait du pouvoir, mais de vicier l'acte lui-même, de sorte que celui-ci est nul par suite de l'incapacité du mineur. La nullité dont il s'agit n'est donc que relative. Bufnoir, *op. cit.*, p. 671 *in fine* et p. 672.

cette dernière hypothèse, par conséquent, le mineur ne peut exercer ni l'action en nullité ni même l'action en rescision. Il n'a pas l'action en nullité, car la nullité est la sanction attachée à l'inobservation d'une règle légale. D'autre part, l'acte n'est pas, non plus, susceptible d'être infirmé pour cause de lésion. Les termes de l'article 1314 conduisent nécessairement à cette solution, puisque, d'après ce texte, lorsque les formalités requises par la loi ont été remplies, les mineurs sont considérés, par rapport aux actes dont il s'agit, « *comme s'ils les avaient faits en majorité* ». D'ailleurs l'accomplissement des formalités dont nous parlons a pour but de garantir l'intérêt des tiers et de permettre par là au mineur de trouver des personnes qui veuillent traiter avec lui; or l'intérêt des tiers serait aussi gravement compromis par la rescision pour cause de lésion que par l'annulation pour vice de formes.

1950. Nous devons nous préoccuper surtout du cas où le tuteur a agi lui-même, alors que la validité de l'acte n'était pas subordonnée à l'observation de certaines formalités. Ici encore la loi n'accorde au mineur ni l'une ni l'autre des deux actions. Évidemment l'acte, ayant été régulièrement fait, ne peut pas être annulé pour violation d'une règle légale. Mais il ne saurait davantage être rescindé. Autrement le but même de la tutelle serait manqué. Le tuteur est une personne capable que la loi institue le représentant du mineur pour couvrir son incapacité, c'est-à-dire pour permettre à ce dernier d'agir comme s'il était majeur. Art. 450, al. 1er. Donc, pas plus qu'un majeur, le mineur qui a été représenté par son tuteur, n'est fondé à invoquer la lésion.

On peut dire aussi que le tuteur étant le mandataire légal du mineur, il faut appliquer à ce dernier la disposition du premier alinéa de l'art. 1998, ainsi conçue : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ». Or, par hypothèse, les actes dont il s'agit ont été faits par le tuteur conformément à son pouvoir.

Il peut se faire que les conventions passées par le tuteur causent un préjudice au mineur : la loi a pourvu à cette éventualité dans un sens conforme aux principes, elle accorde au

mineur contre son tuteur, si celui-ci est en faute, une action en dommages-intérêts (art. 450, al. 2), et cette action est même garantie par une hypothèque légale. Il est sage sans doute de protéger les mineurs contre la faiblesse de leur âge et d'organiser à cet effet des garanties. Mais ce serait exagérer la protection et même aller à l'encontre du but poursuivi que d'infirmer des actes régulièrement accomplis par le tuteur. Si la personne qui traite avec celui-ci n'était pas à l'abri de la rescision, le mineur ne pourrait contracter qu'à des conditions désavantageuses. Ainsi, au point de vue pratique, les actes d'administration, c'est-à-dire les actes indispensables pour la conservation du patrimoine, lui seraient, pour ainsi dire, interdits ([1]).

1951. Cette opinion a été vivement combattue. Plusieurs auteurs ont soutenu que, lorsque les actes passés par le tuteur n'étaient pas soumis à des formalités spéciales, ils pouvaient, quoique réguliers, être rescindés pour cause de lésion. Ces auteurs ont formulé toute une série d'objections contre la théorie que nous venons d'adopter. Nous allons d'abord exposer leurs critiques ; puis nous les réfuterons.

Dans l'ancien droit, disent-ils, les actes régulièrement faits par le tuteur donnaient certainement ouverture à la restitution en cas de lésion, sans qu'il y eût à distinguer suivant qu'il fallait ou non, pour leur accomplissement, remplir des formalités spéciales. Sur ce point nos vieux auteurs étaient unanimes : « Encore que le mineur ait été autorisé de son tuteur dans l'acte dont il demande d'être relevé, disait Domat, la restitution ne laissera pas d'avoir son effet, quand ce tuteur serait même le père du mineur, chargé de ses biens. Et quoique ce fût un acte fait en justice, le mineur pourra en être relevé, s'il y en a lieu. Et il le serait de même de ce que

([1]) Duranton, X, n. 280-288; Marcadé, IV, n. 889-890; Valette sur Proudhon, *Des personnes*, II, p. 466-470; Duvergier sur Toullier, III, 2e partie (ancien tome VI, p. 64-67, note; Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XI à 270 *bis*-XXII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 253-254, texte et notes 3 et 4, et 5e édit., p. 419-420, texte et notes 3 et 4; Larombière, V, p. 388 (art. 1305, n. 12); Demolombe, VII, n. 822; Laurent, XVI, n. 24-34; Arntz, III, n. 278, p. 148; Thiry, III, n. 98, p. 127; Huc, VIII, n. 211, p. 261; Bufnoir, *op. cit.*, p. 685-690 (discussion approfondie).

le tuteur aurait fait en cette qualité, sans que le mineur y eût été présent, s'il se trouvait lésé par le fait du tuteur. Car le pouvoir du tuteur est borné à ce qui peut être utile au mineur » (1). Duplessis s'exprimait en ces termes : « La loi accorde la restitution au mineur, toutes les fois qu'il souffre quelque préjudice, soit par son fait, soit par le fait de son tuteur » (2). Or, la plupart du temps, les rédacteurs du Code civil ont suivi la tradition. Pour admettre que, dans notre matière, contrairement à leur habitude, ils l'ont répudiée, il faudrait un texte formel. Ce texte n'existe pas, du moins avec le caractère de disposition générale. L'art. 1314 porte que, lorsque les formalités prescrites à l'égard des mineurs pour les aliénations d'immeubles et les partages de successions ont été remplies, ces actes ne peuvent pas être attaqués. Mais, par cela même que le législateur se borne à innover pour certains actes, il adopte implicitement, quant aux autres, la doctrine traditionnelle. Sans quoi on ne comprendrait pas qu'il ait trouvé nécessaire d'écrire l'art. 1314. Il y a plus, les termes de l'art. 1305, c'est-à-dire du texte fondamental dans la matière, conduisent à la même conclusion : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre *toutes sortes de conventions...* » Donc, sans distinction, toutes les conventions passées par un mineur, même celles où il a été représenté par son tuteur, sont rescindables pour cause de lésion. Qu'on ne dise pas que l'article 1305, faisant suite à l'article 1304, ne concerne, comme celui-ci, que les actes « faits par les mineurs », et qu'il est étranger, par suite, à ceux qui ont été faits par leurs représentants légaux. Au point de vue juridique, l'acte accompli par le tuteur est censé émaner du pupille : *factum tutoris, factum pupilli.* De sorte que ces mots de l'art. 1304 « actes faits par les mineurs » s'appliquent avec une parfaite exactitude aux actes passés par les tuteurs. D'ailleurs la théorie d'après laquelle ces derniers actes ne sont pas rescindables pour cause de lésion ne saurait se concilier avec la disposi-

(1) *Lois civiles*, 1re partie, liv. IV, tit. VI, sect. II, n. 19 (édit. Rémy, II, p. 280).
(2) *Œuvres*, I, p. 646.

tion de l'art. 2252 C. civ., ni avec celle de l'art. 481 C. proc. civ. Le premier de ces textes suspend la prescription au profit des mineurs, même quand ils sont pourvus de tuteurs. Si la prescription avait couru contre eux, ils auraient pu se faire restituer. Mais, en matière de prescription, la restitution serait contraire à l'intérêt général. Aussi la loi a-t-elle préféré la remplacer par une mesure préventive. Cela prouve bien qu'en principe le mineur est restituable contre la négligence et par conséquent aussi contre la faute de son tuteur. Quant à l'article 481 C. pr. civ., il dispose que les mineurs sont admis à attaquer par la voie de la requête civile les jugements prononcés à leur préjudice, lorsqu'ils n'ont pas été valablement défendus. Voilà une disposition qui accorde aux mineurs l'action en rescision contre les décisions judiciaires passées en force de chose jugée, c'est-à-dire contre des actes dont le législateur a, cependant, particulièrement tenu à assurer la stabilité. Après cela comment douter que cette même action est admise contre les divers actes régulièrement faits par le tuteur seul, c'est-à-dire contre des actes que le législateur n'a certainement pas rendus inattaquables au même point que ceux visés par l'art. 481 C. pr. civ. Enfin la doctrine qui déclare non rescindables les actes dont il s'agit ne tient pas compte de la véritable situation que l'administration tutélaire fait aux mineurs. Il est bien rare qu'on apporte à la gestion des intérêts d'autrui les mêmes soins, la même vigilance qu'à la gestion de ses intérêts personnels. Or les intérêts du mineur sont confiés au tuteur, c'est-à-dire à un tiers. Voilà pourquoi la lésion vicie dans tous les cas les actes à l'égard des mineurs, tandis que c'est seulement par exception qu'elle produit cet effet relativement aux majeurs. Il est donc rationnel et équitable que les actes passés par les tuteurs puissent, au cas où il en résulte une lésion pour les mineurs, donner lieu à restitution [1].

Réfutons les diverses objections que nous venons de rap-

[1] Toullier, VI, n. 106; Demante, *Programme*, V, de l'édition continuée par Colmet de Santerre, n. 269-270, texte et notes; Magnin, *Traité des minorités*, II, n. 1137; Troplong, *Vente*, I, n. 166, p. 222-239, *Priv. et hyp.*, II, n. 492; Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 1.

peler. On nous oppose d'abord la tradition. Mais, en tant qu'il s'agit d'interpréter le Code, elle n'a point la portée qu'on prétend. Nos anciens jurisconsultes faisaient déjà ressortir tous les inconvénients d'un système qui, en cas de lésion, admet la rescision des actes régulièrement faits par les tuteurs : « Vainement, disait Henrys, on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets du magistrat; tout cela n'empêche pas que le mineur puisse rentrer dans son bien, s'il trouve quelque lésion; *il n'y a pas d'assurance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur plus qu'il ne vaut* » (1). Aussi les tuteurs ne trouvaient-ils pas facilement des personnes disposées à traiter avec eux, et c'était là une cause de grave préjudice pour les mineurs. Cela est si vrai qu'on avait été obligé d'écarter l'application de la règle en ce qui regarde les actes d'administration : « Les mineurs, disait Pothier, ne sont pas restitués pour cause de lésion contre les actes qu'ils ont faits depuis leur émancipation, ou contre ceux que les tuteurs ont faits avant leur émancipation, lorsque ces actes sont de pure administration nécessaire; par exemple, contre des baux faits de leurs héritages pour le temps qu'on a coutume de faire les baux; contre la vente ou l'achat des choses mobilières, etc. La raison est tirée de l'intérêt même des mineurs, parce que, autrement, ils ne trouveraient que difficilement des personnes qui voulussent contracter avec eux, dans la crainte qu'auraient ces personnes d'avoir des procès sous prétexte de lésion; ce qui leur causerait un plus grand préjudice que ne leur serait avantageux le bénéfice de restitution, s'il leur était accordé contre de pareils actes » (2). Ainsi, parmi les divers actes du tuteur, étaient seuls rescindables en cas de lésion, dans le dernier état de l'ancien droit, ceux qui n'avaient pas le caractère d'actes d'administration, en d'autres termes ceux pour lesquels des formalités étaient requises.

N'est-il pas évident que les considérations pratiques si impérieuses, qui, sous l'empire de notre ancien droit, paru-

(1) Liv. IV, chap. VI, sect. 22 (t. II, p. 257).

(2) *Procédure civile*, partie V, chap. IV, art. 2, § 1, dernier alinéa (édit. Dupin, IX, p. 322).

rent décisives, ne sauraient avoir perdu leur valeur aux yeux du législateur de 1804? Si donc il s'est borné, dans l'art. 1314, à repousser la restitution pour des actes accomplis suivant les formes requises, ce n'est point qu'il ait entendu admettre la solution contraire pour ceux des actes du tuteur dont la validité n'est pas subordonnée à des formalités. Quelle est donc la véritable portée de l'art. 1314? Les rédacteurs du Code ont voulu aller plus avant que ne l'avaient fait nos vieux jurisconsultes. Ceux-ci, en ce qui concerne les mineurs, n'avaient déclaré non rescindables que les actes d'administration. Donc, nonobstant l'observation des formes, il admettaient la restitution contre les autres actes, notamment contre les ventes des immeubles des mineurs ou contre les partages où figuraient ces derniers. Cette solution était illogique et méconnaissait, elle aussi, les véritables intérêts de ceux qu'elle était censée protéger. Du moment que les formalités avaient été remplies, les actes auraient dû être inattaquables. Le résultat naturel du système contraire était de nuire aux mineurs en éloignant la plupart des personnes qui auraient pu acquérir leurs immeubles. C'est ce qu'a très bien pensé le législateur. Il a étendu aux actes pour lesquels certaines formes sont prescrites la décision qui avait prévalu antérieurement pour les actes d'administration, et si, relativement à ces derniers, il n'a pas écarté expressément la restitution, c'est uniquement parce que nos anciens auteurs l'avaient déjà fait, et que ce résultat, commandé par des considérations si puissantes, lui paraissait définitivement acquis. Comment supposer que les rédacteurs du Code n'aient pas compris, aussi bien que l'avaient fait nos vieux jurisconsultes, quel était le véritable intérêt des mineurs? C'est d'autant plus inadmissible qu'ils trouvaient dans les paroles de Pothier reproduites plus haut la constatation saisissante des inconvénients du système que nous repoussons [1].

On croit pouvoir, nous l'avons vu, tirer de l'art. 1305 une autre objection, ce texte ne dit-il pas que le mineur non

[1] Valette sur Proudhon, *Des personnes*, II, p. 468-469; Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XIII, alin. 2; Demolombe, VII, n. 822 (p. 632-633 de la 3e édit.); Laurent, XVI, n. 27 et n. 28 *in princ.*

émancipé est admis, en cas de lésion, à se faire restituer « contre toutes sortes de conventions » ? Ces termes absolus comprendraient notamment les conventions passées par le tuteur. Mais l'explication la plus naturelle de ces expressions est toute différente : la loi, dans l'art. 1305, établit une opposition entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé. Celui-ci, aux termes de l'art. 481, est capable de faire seul les actes de pure administration. Il résulte, au contraire, de l'art. 450 que l'incapacité du mineur non émancipé est générale, en ce sens qu'elle existe relativement à tous les actes qu'il passerait personnellement et que nous n'avons pas à distinguer ici entre les actes de pure administration et les actes de disposition. La rédaction même de l'art. 1305 montre que ce texte fait simplement allusion à cette différence. Le mineur non émancipé, étant incapable pour tous les actes passés par lui personnellement, pourra, au cas de lésion, obtenir la restitution « contre *toutes sortes de conventions* », c'est-à-dire sans qu'on ait à distinguer suivant que les conventions faites par lui-même et par lui seul constituent des actes de pure administration ou des actes de disposition. Pour le mineur émancipé, il en est autrement : c'est seulement si les actes passés par lui sans l'assistance de son curateur présentent le second caractère, qu'il est restituable pour cause de lésion. Il n'est donc pas nécessaire, pour expliquer la formule dont le législateur s'est servi dans l'art. 1305, de prétendre qu'en principe elle comprend même les actes qui sont faits par le tuteur [1]. D'ailleurs, si cette proposition n'était pas erronée, il n'y aurait pas eu de raison pour que le législateur n'accordât pas le bénéfice de l'art. 1305 aussi bien à l'interdit qu'au mineur. Pourquoi le premier n'aurait-il pas été admis

[1] Laurent, XVI, n. 32, p. 42. — *Adde* Bufnoir, *op. cit.*, p. 680 *in fine*. — M. Colmet de Santerre donne une autre explication de ces mots de l'art. 1305 « contre toutes sortes de conventions ». La loi opposerait les mineurs, pour lesquels la lésion est une cause générale de rescision, aux majeurs à l'égard desquels la lésion n'est un vice du consentement que *dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées dans le Code civil*. Art. 1313. V. aussi art. 1118. — Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XIII. — M. Laurent reproche avec raison à cette interprétation d'être « un peu forcée ». Nous croyons avec lui qu'il est préférable de dégager du contexte même de l'art. 1305 le sens de la première partie de cet article.

comme le second à demander la rescision des actes faits par son tuteur ? Ne devait-il pas inspirer le même intérêt ? N'aurait-on pas dû lui accorder la même protection ? Si, au contraire, on estime que l'art. 1305 concerne exclusivement les actes faits par le mineur personnellement, rien n'est plus facile que d'expliquer son silence à l'égard de l'interdit. Celui-ci, relativement aux actes qu'il passe lui-même, n'avait pas besoin du secours de la rescision pour cause de lésion, puisque, aux termes de l'art. 502, ces actes sont *nuls de droit* (1).

Remarquons, au surplus, que la véritable portée de ces mots « toutes sortes de conventions » a été très nettement déterminée dans les travaux préparatoires : « Ainsi, dit Bigot-Préameneu, les mineurs sont regardés, *à cause de la faiblesse de leur raison et à cause de leur inexpérience,* comme incapables de connaître l'étendue de leurs engagements : on peut contracter avec eux, mais, *s'ils sont lésés, on*

(1) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XVII : Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 253, note 4, et 5e édit., p. 419, note 4. — Nous ne croyons pas devoir nous approprier l'argument qui consiste à dire que l'art. 1305, faisant suite à l'art. 1304, n'est relatif, comme celui-ci, qu'aux actes faits par les mineurs, expressions qui excluraient les actes passés par le tuteur. — Demolombe, VII, n. 821 (p. 626 de la 3e édit.) ; Laurent, XVI, n. 31, p. 38 *in fine*. — Dans l'art. 1304 les mots *actes faits par les mineurs* nous paraissent pris dans un sens large, c'est-à-dire comme s'appliquant aussi bien aux actes accomplis par les tuteurs qu'aux actes émanant des mineurs seuls, façon de parler qui s'explique par le principe *factum tutoris, factum pupilli.* Les auteurs même qui invoquent l'argument ci-dessus reconnaissent ailleurs que la disposition de l'art. 1304 qui, relativement aux actes « faits par les mineurs », fixe le point de départ de la prescription décennale au jour de la majorité, s'applique, malgré son caractère exceptionnel, à l'action en nullité dirigée, à raison de l'inobservation de formalités, contre des actes passés par les tuteurs. Et, précisément, pour justifier cette solution, ils se fondent sur la maxime *factum tutoris, factum pupilli*, ce qui suppose bien que, lorsqu'il s'agit de déterminer, quant aux actes émanant des tuteurs, le point initial de la prescription de dix ans, ils prennent, eux aussi, dans un sens large, les expressions *actes faits par les mineurs.* — V. Demolombe, XXIX, n. 154; Laurent, XIX, n. 44, p. 45. — Si donc on veut s'attacher au lien qui peut exister entre l'art. 1304 et l'art. 1305, on devrait plutôt se prononcer pour le système que M. Demante a proposé à titre subsidiaire et qui consiste à déclarer rescindables pour cause de lésion à la fois les actes accomplis par les tuteurs et ceux accomplis par les mineurs seuls, alors du moins que la loi ne prescrit pas de formalités pour ces actes. Mais ainsi que nous le démontrerons, ce système présente encore plus d'inconvénients que celui réfuté au texte. — V. *infra*, n. 1957.

est censé avoir abusé de leur âge. Leur capacité cesse pour tout acte qui leur est préjudiciable » (1). On voit quel est le fondement de l'action en rescision accordée aux mineurs. Ce fondement se conçoit-il à l'égard des actes passés par les tuteurs? Evidemment non! En supposant que ces actes soient désavantageux pour les mineurs, il est manifeste que la cause de la lésion ne se trouve pas dans la faiblesse d'esprit de ces derniers ni dans leur inexpérience. Comment en douter puisque les mineurs ne figurent pas en personne dans les actes dont nous parlons? Le simple bon sens dit que ceux qui ont traité avec les tuteurs ne peuvent pas être censés avoir abusé de l'âge des mineurs (2).

L'objection tirée de l'article 2252 se réfute aisément. En suspendant la prescription au profit des mineurs, les auteurs du Code les ont garantis contre les conséquences de l'inaction, de la négligence de leurs tuteurs. Si le législateur avait admis que la prescription pût courir contre les mineurs, le défaut d'interruption aurait constitué les tuteurs en faute. Au contraire, ceux-ci, lorsqu'ils contractent régulièrement pour les mineurs, exercent le pouvoir dont ils sont investis par la loi, et même, la plupart du temps, remplissent un devoir. La disposition de l'article 2252 ne saurait être qu'utile aux mineurs : à aucun point de vue ils ne peuvent avoir intérêt à ce que la prescription puisse courir contre eux (3). Si, au contraire, la loi leur avait permis de poursuivre, pour cause de lésion, la rescision des actes passés par leurs tuteurs, cette protection se serait tournée contre eux, car elle aurait empêché les tuteurs de trouver des personnes disposées à traiter avec eux, et l'administration des biens des mineurs serait devenue très difficile ou plutôt impossible. Au surplus, ce

(1) *Exposé des motifs* (sur l'art. 1124), Fenet, XIII, p. 225; Locré, XII, p. 321, n. 18. — On lit également dans le premier rapport de Jaubert (sur l'art. 1305) : « La restitution du mineur pour cause de lésion est fondée sur deux idées principales : la loi protège la faiblesse de l'âge; voilà pour la personne du mineur; et à l'égard de l'autre partie qui contracte, c'est à elle seule qu'elle doit imputer l'événement » Fenet, XIII, p. 372 : Locré, XII, n. 62, p. 495.

(2) Laurent, XVI, n. 33.

(3) Rappelons que, d'ailleurs, la règle posée dans l'article 2252 a été l'objet de vives critiques et que la loi y apporte plusieurs exceptions. V. art. 2278.

qui prouve à l'évidence que la suspension de prescription établie par l'article 2252 ne se rattache nullement à la restitution, c'est qu'elle existe aussi bien en faveur des interdits qu'au profit des mineurs, alors que les premiers ne jouissent pas de l'action en rescision pour cause de lésion [1].

Reste l'objection qu'on prétend puiser dans l'art. 481 C. pr. civ. [2]. Mais de ce que, aux termes de cet article, les mineurs sont admis à attaquer, par la voie de la requête civile, les jugements où ils n'ont pas été valablement défendus, il ne résulte nullement qu'en principe ils puissent, au cas de lésion, demander la rescision des actes accomplis par leurs tuteurs. Nos contradicteurs font observer que, puisque les mineurs sont restituables contre les jugements passés en force de chose jugée, c'est-à-dire contre les actes les plus inattaquables, ils doivent pouvoir, à plus forte raison, faire rescinder les autres actes. La fragilité de ce raisonnement ressort déjà de ce fait que le législateur, tout en accordant la requête civile aux mineurs, ne leur permet pas d'attaquer les ventes de leurs immeubles, ni les partages, quand les formalités légales y ont été observées. Si la requête civile était une application de la restitution, cette décision serait inexplicable, car l'argument *a fortiori* qu'on nous oppose aurait exigé que les ventes des immeubles des mineurs et les partages intéressant ces derniers fussent, eux aussi, rescindables à raison de la moindre lésion. D'autre part, le texte dont nous parlons établit la requête civile non seulement au profit des mineurs, mais aussi au profit de l'Etat, des communes et des établissements publics, c'est-à-dire au profit de personnes morales qui sont représentées dans les instances par des administrateurs, tout comme les mineurs y sont représentés par leurs tuteurs. Or, on ne se croit certes pas autorisé à déduire de l'art. 481 C. pr. civ. cette conséquence que ces personnes morales sont restituables pour

(1) Valette sur Proudhon, *Des Personnes*, II, n. 470; Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XV; Mourlon, II, n. 1506; Demolombe, VII, n. 822 (p. 635 de la 3e éd.); Laurent, XVI, n. 29, p. 34 *in fine*; Bufnoir, *op. cit.*, p. 689-690.

(2) M. Demante déclare attacher une importance particulière à cet argument. — V. l'édition continuée, par M. Colmet de Santerre, V, n. 269.

cause de lésion contre les actes régulièrement faits par leurs représentants. Du moment que cette déduction serait inadmissible à l'égard de l'Etat, des communes et des établissements publics, elle l'est certainement à l'égard des mineurs [1].

N° 2. **L'acte a été fait par le mineur seul.**

1952. Si l'acte était de ceux pour lesquels la loi, à raison de leur importance, a prescrit des formalités particulières, telles que l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal, l'absence de ces formalités, qui rend l'acte annulable quand il émane du tuteur, produit à plus forte raison le même effet quand il a été passé par le mineur agissant seul. Cette solution résulte d'ailleurs de la disposition de l'art. 1311, aux termes duquel le mineur « n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, *soit que cet engagement fût nul en sa forme,* soit qu'il fût seulement sujet à restitution ». Par ces mots « soit que cet engagement fût nul en sa forme », ce texte vise certainement notre hypothèse, car, du moment que, parmi les engagements contractés par le mineur tout seul, il en est qui sont nuls en la forme indépendamment de toute lésion, cela ne peut être vrai que des engagements pris par lui sans observation des formalités qui eussent été requises même s'ils avaient été contractés par le tuteur [2].

[1] Valette, sur Proudhon, *op.* et *loc. cit.;* Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XVI; Mourlon, II, n. 1505; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 254, note 4 *in fine,* et 5e édit., p. 420, note 4 *in fine;* Demolombe, VII, n. 822 (p. 634 de la 3e édition); Laurent, XVI, n. 30, p. 37; Bufnoir, *loc. cit.*

[2] Cependant cette solution a été contestée. Pourquoi, a-t-on dit, le législateur autorise-t-il l'infirmation des actes du mineur? C'est uniquement afin d'empêcher celui-ci de passer des actes qui lui seraient préjudiciables. Aussi, lorsque le mineur a passé des actes pour lesquels la loi se borne à exiger le ministère du tuteur, il n'est pas admis à les attaquer, s'ils ne lui causent aucune lésion. Or cette raison de décider est aussi forte pour les actes soumis à des formalités particulières que pour les autres. D'ailleurs, par cela même qu'il n'y a pas lésion, la présomption d'incapacité naturelle qui, dans notre matière, sert de fondement à la loi, fait défaut. Il ne convient donc pas de faire tomber, pour cause d'inobservation des formes, des actes qui ne lèsent pas le mineur. Cette objection a contre elle ce fait très grave qu'elle suppose l'abandon de la tradition, alors que, dans le système du Code, la solution consacrée par l'ancien droit conserve toute sa raison d'être. Nos vieux auteurs décidaient très nettement et en termes absolus que l'inobservation des formalités spéciales était par elle-même et indépendamment de

1953. Mais supposons que l'acte rentre parmi ceux que le tuteur aurait pu faire sans avoir à remplir aucune formalité particulière ; il s'agit, par exemple, du bail d'un immeuble appartenant au mineur. Il est bien certain que l'acte, ne satisfaisant pas aux exigences formelles de la loi, ne saurait être inattaquable ou, au moins, nécessairement inattaquable, comme s'il avait été régulièrement fait par le tuteur. L'institution protectrice de la tutelle serait illusoire si le mineur, qui s'en est affranchi, se trouvait, au point de vue de ses engagements, dans la même situation que lorsque son représentant légal lui a prêté son entremise. Mais, dans notre hypothèse, quelle est la sanction de l'inobservation de la loi?

toute lésion, une cause de nullité : « Les lois, disait Domat, n'ont pas simplement pourvu à la restitution des mineurs, mais elles ont de plus défendu l'aliénation de leurs biens immeubles. Et quand il ne se trouverait pas de lésion pour le prix dans la vente du fonds d'un mineur, *il serait relevé par la seule raison de ravoir des biens qu'il lui est plus utile de conserver, que d'en avoir le prix.* » *Lois civiles,* 1re partie, liv. IV, tit. VI, sect. II, n. 24 (édit. Rémy, II, p. 282). Sous l'empire du Code, comme dans l'ancien droit, les formalités dont il s'agit ont été exigées à raison de l'importance de certains actes, et, par suite, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que les actes pour lesquels on aurait dû remplir ces formalités ont été passés par le tuteur ou par le mineur seul. Dans les deux cas la sanction doit être la nullité pour vice de forme. On a fait une autre objection : L'article 1305 dispose que la lésion « donne lieu à la rescision... en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* ». Or, aux termes de l'article 484, le mineur « ne pourra » consentir les ventes ou aliénations de ses immeubles sans observer les formalités prescrites au mineur non émancipé. Il s'ensuit que ces contrats excèdent sa capacité, et, par conséquent, ils sont au nombre de ceux qui, à son égard, sont simplement rescindables au cas de lésion. Mais, s'il en est ainsi pour le mineur émancipé, il doit en être de même pour le mineur non émancipé, car le mot *conventions*, que l'article 1305 emploie relativement aux deux, doit avoir le même sens au regard de l'un et de l'autre. Ce raisonnement est vicié dans son point de départ. En ce qui concerne le mineur émancipé, l'article 1305 n'a point la portée qu'on prétend. Il s'explique par cela seul qu'il vise les actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, mais suffisante. Il n'est pas besoin d'admettre qu'il concerne les actes pour lesquels des formalités spéciales étaient requises. Merlin, après avoir défendu la doctrine que nous avons adoptée, s'est prononcé dans l'autre sens. V. *Quest. de dr.*, III, vo *Hypothèques*, § 4, n. 2 et 3. — Duranton a, lui aussi, enseigné successivement les deux opinions, mais dans l'ordre inverse, *Traité des contrats*, I, chap. II, sect. II, § 1 : *Cours de dr. franç. suivant le Code civil*, X, n. 286. — *Adde*, dans notre sens Demolombe, VII, n. 824; Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-III, al. 2; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 255-256, et 5e édit., p. 421-422; Laurent, XVII, n. 533; Huc, VIII, n. 211 *in fine;* Bufnoir, *op. cit.*, p. 672; Planiol, II, 1re édit., n. 1139-1140, et 2e édit., n. 1083-1084.

Est-ce une véritable nullité, ou bien la possibilité de la rescision pour cause de lésion? Ce serait incontestablement la nullité, si l'absence du tuteur constituait un vice de forme. Dans le système romain où le pupille agissait lui-même *tutore auctore,* l'autorisation du tuteur pouvait être à bon droit considérée comme une forme requise pour la validité des obligations contractées par le pupille. Mais il n'y a plus aujourd'hui d'*auctoritas tutoris;* elle ne se conçoit pas sous l'empire d'une législation qui refuse au mineur non émancipé le droit d'agir lui-même et qui lui donne un mandataire chargé de le représenter dans tous les actes de la vie civile. Peut-on dire que l'autorisation est une forme, alors que la loi ne prescrit pas d'autorisation du tout? la vérité est que l'acte fait par le mineur aurait dû être fait par le tuteur. Il n'est pas vicié en sa forme ; il émane de celui qui n'avait pas la capacité de le faire. Donc, s'il peut être attaqué, ce n'est qu'à raison de l'incapacité de son auteur. Par conséquent la question se réduit à savoir quel est l'effet de l'incapacité du mineur non émancipé. Or il résulte de l'article 1305 que les engagements contractés par les mineurs en l'absence de leurs tuteurs, ne sont pas annulables, mais seulement rescindables pour cause de lésion. Pour les faire tomber, il ne suffit pas aux mineurs de prouver qu'ils les ont souscrits en minorité; ils doivent établir en outre qu'ils en ont reçu un préjudice. En effet, ce qui donne lieu, d'après l'article 1305, à l'action en rescision au profit du mineur non émancipé, ce n'est pas le fait d'avoir contracté, mais bien de s'être lésé en contractant. Tout doute doit disparaître devant les explications formelles qui ont été données sur ce point par les rédacteurs mêmes du Code : « Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé, disait Bigot-Préameneu, qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée. S'il n'était pas lésé, il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir; et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte de l'incapacité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. *Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter* » (1).

(1) Fenet, XIII, p. 288; Locré, XII, n. 174, p. 391.

Telle est, d'après l'opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, la portée de l'art. 1305, en ce qui regarde les mineurs non émancipés. D'ailleurs, si l'on n'appliquait pas ce texte aux actes que le mineur accomplit tout seul, il demeurerait sans application possible puisqu'il est absolument étranger, nous venons de le démontrer, aux actes dans lesquels le mineur a été représenté par le tuteur [1].

1954. Les auteurs qui soutiennent qu'en principe les actes passés par le tuteur sont rescindables pour cause de lésion, enseignent que les actes faits par le mineur seul sont nuls en la forme [2]. Nous allons examiner les objections qu'ils nous adressent.

L'art. 1108, dit-on, fait de la capacité une condition de la validité des conventions. Or l'art. 1124 déclare les mineurs incapables de contracter. Donc les conventions faites par eux sont annulables et non pas seulement rescindables pour cause de lésion. Cette conclusion est d'autant moins contestable que ce dernier texte place les mineurs sur la même ligne que les interdits. Aux termes de l'art. 1125, il est vrai, les mineurs ne peuvent attaquer leurs engagements que dans les cas prévus par la loi; mais ces mots font simplement allusion aux conditions dans lesquelles leur action en nullité doit être exercée, c'est-à-dire à la nécessité d'intenter cette action dans le délai de dix ans et avant qu'ils aient confirmé l'acte.

Ce raisonnement a le grave défaut d'interpréter les articles 1108, 1124 et 1125 en faisant abstraction de l'article 1305 qui les complète et dont il est indispensable, par conséquent,

(1) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-IV à 270 *bis*-VIII; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 253, et 5e édit., p. 419; Demolombe, VII, n. 821; Larombière, V, p. 383-388, (art. 1305, n. 11); Villequez, *Rev. hist.*, VII (1861), p. 35-36; Laurent, XVI, n. 31 et 54, p. 38 et 70; Vigié, II, n. 1651, p. 754; Thiry, III, n. 98, p. 127 *in fine*; Huc, VIII, n. 210, p. 260 *in fine*-261; Trolley, *Etude sur la lésion*, p. 177 s.; Bufnoir, *op. cit.*, 674-682 (discussion approfondie); Planiol, II, 1re édit., n. 1141, et 2e édit., n. 1085. — Civ. rej., 18 juin 1844 (arrêt fortement motivé), S., 44. 1. 497, D. P., 44. 1. 225, et *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 365-2°. — *Adde* Toulouse, 13 fév. 1830, S., 31. 2. 314. — Bastia, 26 mai 1834, S., 35. 2. 27, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 930-1°. — Req., 24 avril 1861, S., 61. 1. 625. — Lyon, 8 juin 1865, D. P., 66. 2. 53. — Paris, 8 juillet 1882, S., 85. 2. 106, D. P., 83. 2. 93.

(2) V. *supra*, p. 291, note 1. — Dans le même sens que ces auteurs, Bastia, 12 juin 1855, S., 55. 2. 670.

de les rapprocher. C'est lui qui explique dans quels cas les engagements des mineurs peuvent être attaqués pour cause d'incapacité. Il s'agit des cas où les mineurs sont lésés. Les paroles de Bigot-Préameneu, transcrites plus haut, ne laissent aucun doute à ce sujet. Mais, dans son rapport au Tribunat, Jaubert a exprimé la même idée en ces termes : « Pour ce qui est des femmes mariées non autorisées et des interdits, ils n'auraient besoin que d'invoquer leur incapacité. A l'égard des mineurs, les explications étaient nécessaires pour les obligations conventionnelles en général, car, par exemple, ce qui concerne l'aliénation de leurs immeubles a des règles particulières. *Il est bien vrai qu'en règle générale un mineur est déclaré incapable de contracter; mais un mineur peut être capable de discernement; le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur.* Voilà pourquoi la loi a dû distinguer. S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à la rescision en sa faveur. *Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé* » (1).

Cela ne prouve-t-il pas à l'évidence que si, dans son énumération des personnes incapables de contracter, l'article 1124 rapproche les mineurs des interdits et des femmes mariées, il n'en résulte point que l'incapacité des mineurs ait, comme on le prétend, le même effet que celle des incapables des deux autres catégories.

De plus, les textes qui suivent l'article 1305 et qui apportent des exceptions au principe posé par celui-ci, ne peuvent se concilier qu'avec notre solution.

D'abord, quand l'art. 1306 déclare que « le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu », rien n'autorise à penser qu'il concerne les actes accomplis par le tuteur. Mais la disposition de l'article 1307, si elle avait été écrite en vue de ces actes, serait un non-sens : comment se pourrait-il que, dans les contrats passés par les tuteurs, les mineurs vinssent faire une déclaration de majorité? De même l'art. 1308, qui porte

(1) Fenet, XIII, p. 371; Locré, XII, n. 61, p. 494. — Cpr. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 226; Locré, XII, n. 18, p. 323.

que « le mineur commerçant, banquier ou artisan n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art », ne suppose certainement pas l'intervention du tuteur. A plus forte raison en dirons-nous autant de l'art. 1309, aux termes duquel « le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage... ». C'est, en effet, le mineur lui-même qui fait ces conventions, « sauf l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour son mariage ». Enfin, en ce qui concerne les obligations résultant du délit ou du quasi-délit du mineur et contre lesquelles, aux termes de l'art. 1310, la restitution n'est pas admise, il est évident qu'elles naissent d'actes accomplis par le mineur personnellement [1].

Au surplus la comparaison des deux parties de l'article 1305 est toute favorable à notre interprétation. Quand la disposition finale de cet article parle de conventions excédant la capacité des mineurs émancipés, elle vise certainement des conventions que ces derniers mineurs ont faites seuls, c'est-à-dire sans l'assistance de leurs curateurs. La première partie du même article doit, par conséquent, s'occuper des actes que les mineurs non émancipés ont passés eux-mêmes et sans le concours ni l'approbation de leurs tuteurs [2].

Quoi qu'on dise, il est indifférent que l'article 1304, où les mineurs notamment sont mentionnés, parle d'action en nullité et que l'art. 2012, supposant une obligation annulée à raison d'une exception purement personnelle à l'obligé, dise « par exemple, dans le cas de minorité ». On peut faire observer d'abord que les dispositions de ces articles ne s'appliquent pas seulement aux mineurs, mais aussi aux interdits et aux femmes mariées. De plus, en ce qui concerne les mineurs, il n'est pas besoin, pour expliquer ces dispositions, d'admettre qu'elles sont relatives aux cas où ils ont traité eux-mêmes et sans le concours de leurs tuteurs. On peut dire qu'elles ont trait à ceux des actes des mineurs qui sont nuls pour inobservation des formalités.

[1] Bufnoir, *op. cit.*, p. 678 et 680 *in fine*.

[2] Demolombe, VII, n. 821, p. 624-627; Larombière, V, p. 384-388 (art. 1305, n. 11); Bufnoir, *op. cit.*, p. 676.

Quant à l'article 1311, peu importe que, relativement aux engagements des mineurs, il distingue ceux qui sont *nuls en leur forme* de ceux qui sont *sujets à rescision*. Il laisse entière la question de savoir quels sont les uns et les autres, et nous avons établi que les engagements nuls en la forme sont ceux qui ont été contractés sans les formalités requises [1].

On objecte également les termes de l'article 509, qui est ainsi conçu : « L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». Il résulterait de cette disposition que le mineur est exactement dans la même situation que l'interdit en ce qui regarde les conséquences de l'incapacité. Mais la preuve du contraire, c'est que, dans l'article 1305, la loi ne parle pas de l'interdit. D'ailleurs, l'article 509 ne suppose point que le mineur soit assimilé à l'interdit quant à l'incapacité. Il a simplement pour but d'étendre à la tutelle de ce dernier les règles relatives à l'organisation de la tutelle du mineur et aux pouvoirs qui, dans celle-ci, appartiennent au tuteur, au conseil de famille et au tribunal [2].

Une autre objection a été tirée des articles 484 et 485 : le mineur émancipé, a-t-on dit, peut acheter « sous condition seule de rescision ». Le mineur non émancipé ne saurait être dans la même situation. Sans quoi, le retrait de l'émancipation, autorisé par l'article 485, et la rentrée en tutelle, qui, aux termes de l'art. 486, en est la conséquence, n'auraient aucun effet [3]. Raisonner de la sorte, c'est confondre l'action en rescision, accordée par l'article 1305 et l'action en réduction établie par le second alinéa de l'article 484. Or il est essentiel de ne pas commettre cette confusion. Le mineur émancipé peut, si les engagements qu'il a contractés dans les limites de sa capacité, sont excessifs, les faire réduire, mais il ne peut pas en obtenir la rescision. Le retrait de l'éman-

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 676. — *Contra* Toullier, VI, n. 106; Troplong, *Vente*, I, n. 166, p. 238, et *Hypothèques*, II, n. 492, p. 211.

(2) Demolombe, VII, n. 821, p. 628; Larombière, V, p. 385 *in fine*-386 (art. 1305, n. 11).

(3) Troplong, *Vente*, I, n. 166, p. 232.

cipation aura pour effet de lui rendre ce dernier droit. Et ce résultat sera pour lui d'une grande importance. D'abord la rescision, à la différence de la réduction, fait tomber les engagements. De plus, il suffit, pour l'obtenir, de justifier d'une simple lésion, tandis que la réduction suppose, outre le caractère excessif des engagements, plusieurs circonstances énumérées à la fin de l'art. 484 (1).

1955. Au point de vue de l'application de l'article 1305, il faut assimiler au mineur non émancipé le mineur qui a des biens dont son père est l'administrateur légal. Art. 389 (2).

En supposant résolue par l'affirmative la question de savoir si le père qui a l'administration légale est tenu, comme le tuteur, de remplir des formalités particulières pour la passation de certains actes (3), on est conduit à adopter les solutions suivantes : quand l'acte passé par le mineur seul était du nombre de ceux pour lesquels des formalités sont requises, il peut, si elles n'ont pas été remplies, être attaqué au moyen de l'action en nullité. Quand la validité de cet acte n'était pas subordonnée à l'accomplissement de formalités, le mineur ne peut exercer que l'action en rescision pour cause de lésion. Enfin les actes régulièrement faits par l'administrateur légal sont absolument inattaquables. Dans notre hypothèse, comme au cas de tutelle, ces solutions découlent des principes généraux et du but que le législateur s'est proposé en donnant au mineur un représentant (4).

(1) Demolombe, VII, n. 821, p. 629 *in fine* et p. 630.

(2) Il faut évidemment se prononcer de même pour les cas très rares où l'administration légale appartient à la mère. V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, 8e édit., suivant l'ordre du Code civil, n. 1123 et 1167 *in fine*, et 8e édit., conforme au programme des Facultés de Droit, n. 965 et 989 *in fine*.

(3) V. dans le sens de l'affirmative, Duranton, III, n. 415; Valette sur Proudhon, II, p. 283, note; Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 506-507, texte et note 31 à 39, et 5e édit., p. 783-784, texte et note 31 à 39; Demolombe, VI, n. 443-446 et dans le sens de la négative, Zachariæ, I, § 99. — Cpr. Laurent, II, n. 303; Arntz, I, n. 672; Huc, III, n. 245. — V. aussi pour l'exposé général de la question (doctrine, jurisprudence, législation comparée, projet de réforme), Planiol, I, 1re édit., n. 2465-2469, et 2e édit., n. 2193-2197.

(4) Vigié, II, n. 1650-1651. — Trib. civ. de la Seine, 18 juin 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2, supplém., p. 10.

B. *Mineurs émancipés.*

1956. Reproduisons d'abord le texte de l'art. 1305 *in fine :* « *La simple lésion donne lieu à la rescision.... en faveur du* » *mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent* » *les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre* » *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* ». Cette disposition est l'objet d'une controverse analogue à celle qu'a fait naître l'interprétation de la première partie de l'art. 1305. Aussi, à l'égard des mineurs émancipés, comme à l'égard des mineurs sous tutelle, avons-nous à déterminer quels sont les actes annulables et quels sont les actes sujets à rescision. Toutefois, comme la question est à peu près la même pour les deux catégories de mineurs, nous pourrons être plus brefs que nous ne l'avons été pour les mineurs non émancipés.

Il est certain que la disposition finale de l'art. 1305 ne vise pas les actes que le mineur émancipé a le pouvoir d'accomplir seul, c'est-à-dire ceux qui sont de pure administration (art. 481) ; car on ne saurait dire de ces actes qu'ils *excèdent les bornes de sa capacité*. Il ne peut donc jamais, sur le fondement de sa minorité, en obtenir la rescision pour cause de lésion. Il peut seulement, au cas où il a contracté des obligations excessives, demander la réduction, art. 484, al. 2. Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit incidemment, il ne faut pas confondre l'action en réduction avec l'action en rescision de l'art. 1305. La première permet d'attaquer des engagements excessifs, c'est-à-dire des engagements qui, sans être entachés de lésion, se trouvent en disproportion avec la fortune du mineur, et qui seraient peut-être fort raisonnables, et même avantageux, s'il était plus riche. Tout autre chose est l'action en rescision de l'art. 1305. Elle est accordée à raison d'actes qui n'ont peut-être rien d'excessif, mais qui sont entachés de lésion. Ces deux actions diffèrent non seulement dans leur cause, mais aussi dans leurs effets. La rescision fait tomber l'acte tout entier : il est censé n'avoir jamais existé. La réduction a simplement pour effet de restreindre l'engagement.

L'art. 1305 est encore étranger aux actes pour lesquels la loi prescrit certaines formalités, telles que l'autorisation du

conseil de famille et l'homologation du tribunal. Art. 483 et 484. En effet, ou le mineur émancipé s'est conformé aux exigences légales, et alors l'acte, satisfaisant à toutes les conditions de validité, est censé accompli par un majeur; ou bien ces formalités n'ont pas été remplies, et l'acte sera, non pas rescindable pour cause de lésion, mais nul en la forme, de sorte qu'il suffira, pour en faire prononcer la nullité, de prouver que les formalités prescrites n'ont pas été observées (1).

Mais nous pensons, avec la grande majorité des auteurs et avec la jurisprudence, que l'art. 1305 ne vise pas davantage les actes que le mineur émancipé a faits, assisté de son curateur, et qu'il avait pouvoir de faire avec cette seule assistance, Ces actes, ainsi accomplis, n'excèdent pas, non plus, les bornes de sa capacité. Sans doute le mineur n'aurait pas eu la capacité de les faire seul. Mais un incapable devient capable lorsqu'il est assisté de celui dont la présence à l'acte a pour but de le relever de son incapacité. La femme mariée ne cesse-t-elle pas d'être incapable lorsqu'elle est autorisée ? (2).

La seule hypothèse qui reste pour l'application de l'art. 1305 est celle où le mineur émancipé a accompli seul un acte pour lequel l'assistance du curateur était suffisante, mais nécessaire. C'est celle que le législateur a eue en vue lorsqu'il a accordé à ce mineur le bénéfice de la rescision. Tel est, en effet, le seul cas où l'acte excède les bornes de la capacité du mineur émancipé, sans qu'il y ait de raison pour attacher à cet acte la sanction de la nullité (3).

(1) V. *supra*, n. 1952.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*, XVIII; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 254, texte et note 8, et 5e édit., p. 421, texte et note 8; Demolombe, VII, n. 331-3°; Larombière, V, p. 388 (art. 1305, n. 11); Laurent, XVI, n. 58; Arntz, III, n. 275 *in fine*; Thiry, III, n. 98 *in fine*, p. 128; Bufnoir, *op. cit.*, p. 682.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-IX, 270 *bis*-X et 270 *bis*-XX; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 254, et 5e édit., p. 420; Demolombe, VIII, n. 335; Larombière, V, p. 387 (art. 1305, n. 10); Laurent, Arntz et Thiry, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 212, p. 262; Bufnoir, *loc. cit.*: Planiol, II, 1re édit., n. 1127, et 2e édit., n. 1085. — Rouen, 23 juil. 1858, S., 59. 2. 630, D. P., 59. 2. 216. — Paris, 18 juil. 1864, S., 64. 2. 290, D. P., 64. 5. 257. — Nancy, 12 janvier 1875, S., 75. 2. 52, D., *Suppl. au Répert. alphab.*, v° *Commerçant*, n. 73. — Paris, 8 juillet 1882, S., 85. 2. 106, D. P., 83. 2. 93.

Ce sont les deux dernières propositions qui ont trouvé des contradicteurs. D'après certains auteurs : 1° Les actes pour lesquels la loi exige l'assistance du curateur, mais non l'accomplissement de formalités spéciales, sont nuls en la forme quand le mineur les a faits sans être assisté ; 2° ces mêmes actes sont rescindables pour cause de lésion quand le mineur les a passés avec l'assistance de son curateur [1].

La réfutation de cette doctrine ne saurait nous retenir longtemps, car la plupart des arguments que nous avons présentés dans la critique des solutions correspondantes, relatives aux mineurs sous tutelle, conservent ici toute leur force. Comment les actes que le mineur émancipé fait sans l'assistance de son curateur, alors qu'elle était requise, pourraient-ils être nuls en la forme ? Les conditions prescrites pour certains actes par les art. 483 et 484, notamment l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, sont des formalités. Mais il n'en est point de même de l'assistance du curateur, et, par suite, le défaut de cette autorisation ne peut pas constituer un vice de forme. De plus, on a vu le sens qu'il est normal d'assigner aux termes de l'art. 1305, étant données les dispositions contenues dans les articles qui lui font suite et qui rentrent dans le même ordre d'idées. Or, parmi ces derniers textes, il en est un dont l'importance apparaît surtout en ce qui concerne la catégorie des mineurs dont nous parlons maintenant. Car les mineurs ne peuvent pas être commerçants sans être émancipés, et, aux termes de l'art. 1308, les mineurs commerçants ne peuvent pas être restitués contre les engagements par eux pris à raison de leur commerce, c'est-à-dire contre des engagements qu'ils contractent sans l'engagement de leurs curateurs. Si, en principe, les actes que les mineurs émancipés font dans ces dernières conditions, étaient nuls en la forme, pourquoi la loi les aurait-elle déclarés non sujets à *restitution* dans le cas spécial de l'article 1308 ? Cette disposition serait un non sens.

D'autre part, pour soutenir que les actes passés par le mineur avec l'assistance de son curateur sont rescindables pour

[1] V. dans ce sens les auteurs cités *supra*, p. 291, note 1.

cause de lésion, il faut interpréter l'art. 1305 d'une façon bien peu naturelle, car il est fort étrange de dire que des actes accomplis conformément aux prescriptions légales excèdent les bornes de la capacité du mineur. Puis, n'y aurait-il pas eu de la part du législateur une extrême inconséquence à accorder la restitution contre les actes qui ont été passés par le mineur avec l'assistance du curateur, et à la refuser relativement aux actes qui, étant faits sans cette assistance, peuvent, beaucoup plus facilement que les précédents, causer une lésion au mineur ? (1).

1957. Ainsi, en ce qui concerne le mineur sous tutelle, sont rescindables les actes qu'il a faits seul, tandis que les actes passés par le tuteur sont inattaquables, à moins qu'ils ne fussent soumis à des formalités spéciales et qu'elles n'aient pas été remplies. Quant au mineur émancipé, les actes qu'il a faits sans l'assistance de son curateur, alors que cette assistance était nécessaire et suffisante, sont sujets à restitution, tandis que ces mêmes actes, dans le cas où le mineur a été régulièrement assisté, sont inattaquables.

Tout en avouant ses préférences pour la doctrine que nous avons combattue, M. Demante propose à titre de concession un système qui tient dans les deux propositions suivantes : 1° La rescision pour cause de lésion est admise à la fois pour les actes passés par le tuteur et pour ceux qui ont été faits par le mineur seul, du moins si les uns et les autres n'étaient pas soumis à des formalités spéciales ; 2° les actes émanés du mineur émancipé, en les supposant, eux aussi, affranchis de ces formalités, sont rescindables pour la même cause, que ce mineur les ait accomplis avec l'assistance de son curateur ou sans elle (2). L'énoncé même de ces propositions condamne le système. En effet, au point de vue de la validité des actes, elles ne font pas de différence entre l'hypothèse où ils été passés par l'incapable seul, et celle où ils ont été passés par son représentant légal ou par lui-même assisté de la personne

(1) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-IX, n. 270 *bis*-X, et 270 *bis*-XVIII ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 255, texte et note 9, et 5e édit., p. 411, texte et note 9; Laurent, XVI, n. 59.

(2) Demante, édition continuée par Colmet de Santerre, V, n. 270, note 1 (p. 491).

dont le concours le relève de son incapacité. En d'autres termes, elles assimilent, quant à leur stabilité, les actes irréguliers aux actes réguliers. On ne saurait imaginer une assimilation moins rationnelle ni moins juridique ([1]).

On voit que l'incapacité du mineur, émancipé ou non, diffère grandement de celle de la femme mariée et de l'interdit. Le mineur n'est pas incapable de contracter, mais tout au plus de se léser par un contrat. Au contraire la femme mariée et l'interdit sont véritablement incapables de contracter. Les contrats passés par ces deux derniers devront donc être annulés sur leur demande, sans qu'ils aient à démontrer l'existence d'aucune lésion à leur préjudice.

C. *Exceptions.*

1958. Il y a quelques cas exceptionnels, dans lesquels les mineurs, émancipés ou non, se voient refuser le bénéfice de la rescision pour cause de lésion, quoiqu'ils se trouvent dans les conditions de l'art. 1305. Nous allons les parcourir.

a. « *Il* [le mineur] *n'est point restituable contre les obligations résultant de son* DÉLIT *ou* QUASI-DÉLIT ». Art. 1310 ([2]). Cette disposition visant non seulement le délit mais encore le quasi-délit, la restitution est refusée au mineur aussi bien quand les obligations dont il s'agit sont nées de son imprudence ou de sa simple négligence que lorsqu'elles résultent de faits accomplis par lui avec intention de nuire. L'équité la plus élémentaire s'oppose à ce que le mineur échappe à l'application de ce principe que tout homme doit réparer le préjudice causé à autrui par sa faute, par son imprudence ou par sa négligence. Art. 1382 et 1383 ([3]). Ainsi le mineur est

([1]) Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XIX.

([2]) « *Et placet in delictis minoribus non subveniri* », L. 9, § 2, D., *De minor. XXV ann.*, IV, 4. — « *Cum malitia suppleat ætatem* », L. 3, C., *Si minor se majorem dixerit*, II, 42. — Le Code civil italien a modifié ainsi la formule de notre article 1310 : « Le mineur est assimilé au majeur pour les obligations qui naissent de son délit ou quasi-délit ». Art. 1306 (traduc. Orsier).

([3]) La généralité de ce motif exige qu'on étende à tous les incapables la disposition de l'art. 1310. Il faut, par conséquent, décider que les femmes mariées ne peuvent pas se soustraire à la responsabilité de leurs délits et quasi-délits, et qu'il en est de même des interdits, du moins quand ils ont agi dans un intervalle lucide. Larombiere, V, p. 416 (art. 1310, n. 8) ; Huc, VIII, n. 209, p. 258. — Notre juris-

déchu du bénéfice de la rescision, quand il a employé des manœuvres dolosives pour faire croire à sa majorité, par exemple s'il a exhibé un faux acte de naissance [1].

Mais « *La simple déclaration de majorité, faite par le*

prudence est en ce sens : il a été jugé, par exemple, que les contrats qu'un prodigue sous conseil judiciaire a faits seul, ne sont pas rescindables quand ce prodigue a employé au regard de l'autre partie des procédés de nature à faire naître et à entretenir dans l'esprit de cette dernière une erreur sur l'état de sa personne. Paris, 7 mai 1852, D. P., 53. 2. 80; 20 février 1882, *La Loi*, du 4 mars 1882. — V. C. civ. néerl., art. 1482 et 1483, al. 1er.

[1] Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 289, Locré, XII, p. 392, n. 177 *in fine;* Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 373, Locré, XII, p. 495 *in fine*, n. 63. — Cette restriction était déjà formulée par Domat dans les termes suivants : « Si un mineur s'est dit majeur et par un faux acte baptistaire, ou par quelque autre voie, s'est fait voir majeur, il ne pourra être relevé des actes où il aura engagé quelqu'un par cette surprise. Ainsi un mineur ayant emprunté de l'argent par une telle voie, quoiqu'il n'en ait pas fait un emploi utile, son obligation ne laissera pas d'avoir le même effet que celle d'un majeur ». *Lois civiles*, 1re part., liv. IV, tit. VI, sect. II, n. 7. — La cour de Rouen a très bien jugé, par application de l'art. 1310, qu'un mineur n'est pas restituable contre les engagements résultant d'une société commerciale par lui contractée sans autorisation, quand il s'agit d'une société n'ayant « rien de sérieux ni dans ses éléments, ni dans sa durée, ni dans son but », formée sans capitaux, à l'aide d'un crédit imaginaire et d'un titre d'emprunt, et uniquement en vue de procurer à ce mineur les ressources nécessaires à ses prodigalités. Rouen, 26 avril 1875, S., 75. 2. 168. — La cour de cassation a également décidé qu'un mineur ne peut pas se faire restituer contre les obligations nées des actes de négligence et de mauvaise foi commis par lui dans la gestion d'une succession, gestion pour laquelle un compte était dû aux héritiers réservataires. Req., 11 juin 1877, S., 77. 1. 308, D. P., 78. 1. 107. — Mais, aux termes d'un remarquable arrêt de la cour suprême, le mineur qui a souscrit un billet à ordre sur une fausse cause peut, même au regard des tiers porteurs de bonne foi, obtenir la restitution contre l'obligation ainsi contractée, l'expression d'une fausse cause ne devant pas être considérée comme un quasi-délit imputable au mineur : « Attendu que l'art. 1305, en ouvrant en faveur du mineur l'action en rescision des conventions dans lesquelles il a été lésé, a eu pour but de le protéger contre ses erreurs et imprudences, et, par exemple, contre la légèreté avec laquelle il apposerait sa signature sur une obligation sans juste cause, ou à laquelle une fausse cause servirait de prétexte : qu'ériger en quasi-délit la faute par lui commise en souscrivant une telle obligation serait anéantir les effets de la protection que la loi a voulu étendre sur sa faiblesse ; et qu'il y aurait contradiction à tirer du même fait ces deux conséquences : d'entraîner la rescision de la convention et de faire revivre les effets de cette convention sous forme de réparation du dommage causé en la contractant ». Civ. cass., 19 février 1856, S., 56. 1. 502, D. P., 56. 1. 86. — Cette décision est approuvée par tous les auteurs. V. Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 259, note 22, et 5e édit., p. 426, note 22 ; Larombière, V, p. 413 (art. 1310, n. 3) ; Demolombe, XXIX, n. 115 ; Laurent, XVIII, n. 546 ; Huc, VIII, n. 209, p. 259. — Cpr. Req., 18 mai 1885, S., 86. 1. 344, D. P., 85. 1. 146.

» *mineur, ne fait point obstacle à sa restitution* ». Art. 1307. Pourquoi ? « La raison est simple, répond le tribun Jaubert. La même faiblesse qui lui aurait fait souscrire une convention, lui aurait fait souscrire la déclaration de majorité ; la loi n'aurait donc rien fait pour le mineur, si on avait pu l'éluder par une simple déclaration de majorité » (1). L'art. 1307 vise *la simple déclaration,* c'est-à-dire celle qui n'est accompagnée d'aucun acte tendant à tromper les tiers sur le fait de la minorité (2). Le mensonge ici n'est pas considéré comme un délit (3).

On aurait pu en douter d'autant plus que l'autre partie n'a pas d'imprudence à se reprocher, puisqu'elle a fait expliquer le mineur sur son âge. Mais le législateur a mieux aimé exposer à la rescision quelques contractants de bonne foi, que de laisser subsister un moyen d'éluder la disposition protectrice de l'art. 1305. Ce moyen, souvent employé sous l'ancien droit pour empêcher la restitution des mineurs (4), consiste à faire insérer dans l'acte une déclaration de majorité ; l'incapable aurait presque toujours consenti à la signer pour obtenir

(1) Jaubert, *Rapport au Tribunat, loc. cit.* — Le silence qu'un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire garde sur son état d'incapacité au moment où il passe un contrat, ne saurait par lui-même constituer un délit ni un quasi-délit. Lyon, 9 juin 1883, D. P., 84. 2. 83.

(2) Proudhon, II, p. 488; Toullier, VII, n. 589 et 590; Duranton, XII, n. 289; Colmet de Santerre, V, n. 272 *bis;* Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 11; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 258, texte et note 18, et 5e édit., p. 425, texte et notes 18 et 18 *bis;* Larombière, V, p. 400-402 (art. 1307, n. 1 à 3); Demolombe, XXIX, n. 108-109; Laurent, XVIII, n. 547; Huc, VIII, n. 208; Bufnoir, *op. cit.*, p. 694 *in fine* et 695; Planiol, II, 1re édit., n. 1130 *in fine*, et 2e édit., n. 1088 *in fine*. — Le Code civil italien dit d'une façon plus complète : « L'obligation ne peut être attaquée par le mineur qui, par des manœuvres ou des moyens frauduleux, a caché sa minorité ; la déclaration d'être majeur faite par le mineur ne suffit point pour le constituer en état de dol ». Art. 1305 (traduct. Orsier).

(3) V. au C. de Justinien le titre *Si minor se majorem dixerit* (II, 43).

(4) Bigot-Préameneu, *loc. cit.* — Plusieurs arrêts du parlement de Paris défendirent aux notaires de continuer à insérer dans les obligations pour prêts les déclarations de majorité et les extraits baptistaires, et à toutes personnes de prêter à des fils de famille sur une simple déclaration de majorité et sur le vu des extraits baptistaires, à peine de nullité des promesses. Arrêts des 6 mars 1620, 26 avril 1629, 6 février 1691, 18 février 1716, Louet, lettre M, somm. 7, n. 4 s. — *Praticien français*, part. I, p. 435 et 454. — Argou, *Institution au dr. franç.*, I, p. 119 *in fine*, 120. — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. II, tit. VI, sect. II, n. 7 (édit. Rémy, II, p. 276).

l'objet de sa stipulation, et la clause serait peu à peu devenue de style. D'ailleurs, celui qui traite avec un mineur peut facilement vérifier la sincérité de ses affirmations en se faisant représenter un extrait de son acte de naissance [1].

Pour que l'art. 1310 soit applicable, il n'est pas nécessaire que le mineur soit l'auteur direct du fait dommageable. Il suffit qu'il soit complice [2].

Peu importe également qu'il soit poursuivi comme civilement responsable aux termes de l'art. 1384. Dans ce cas encore il n'est pas restituable [3].

Toutefois on s'accorde à décider que le mineur pourrait demander la restitution soit contre la reconnaissance qu'il aurait faite de son prétendu délit ou quasi-délit, soit contre la transaction qu'il aurait consentie sur ce point. La loi, en effet, ne le déclare non restituable que relativement aux obligations *résultant de son délit ou quasi-délit* [4]. Mais, une fois cette reconnaissance ou cette transaction rescindée, l'art. 1310 serait applicable si, en dehors de l'aveu fait par le mineur, la personne lésée parvenait à prouver le délit ou le quasi-délit.

1959. *b.* Les nécessités du commerce et de l'industrie ont fait admettre une seconde exception relativement aux mineurs commerçants et aux mineurs artisans. La faculté de faire rescinder leurs engagements, quand ils leur sont préjudiciables, les eût privés du crédit dont ils ont besoin pour exercer leur profession [5]. Cette exception est contenue dans l'art. 1308 :

[1] « La loi présume que cette déclaration dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres des actes de l'état civil, a été demandée par le créancier pour exclure l'action en restitution, et elle ne veut pas qu'une pareille déclaration puisse être opposée ». Bigot-Préameneu, *ubi supra*. — « Si le mineur était non recevable à réclamer la restitution par cela seul qu'il se serait déclaré majeur, ne serait-ce pas indiquer un moyen d'impunité aux gens de mauvaise foi qui spéculeraient sur ses dépouilles » ? Jaubert, *ubi supra*.

[2] Laurent, XVIII, n. 546, p. 553 ; Huc, VIII, n. 209, p. 258.

[3] Larombière, V, p. 413 (art. 1310, n. 2 *in fine*).

[4] Delvincourt, II, p. 594 ; Toullier, VII, n. 587-588 ; Marcadé, IV, n. 897 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 259, et 5e édit., p. 427 ; Larombière, V, p. 415 (art. 1310, n. 6) ; Demolombe, XXIX, n. 116.

[5] Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des mot.*, justifie ainsi cette exception : « Il (le mineur) ne peut pas faire le commerce sans avoir la capacité de contracter avec toute garantie les engagements qui en sont la conséquence nécessaire. L'intérêt

« *Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point* » *restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de* » *son commerce ou de son art* ».

C'est là, du moins en ce qui concerne le mineur commerçant ou le mineur banquier, une conséquence du principe que la loi pose en ces termes dans l'art. 487 : « Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce » (1).

1960. Pour qu'un mineur acquière la qualité de commerçant ou celle de banquier, (2), il ne suffit pas qu'il accomplisse des actes de commerce ou de banque ; il faut, en outre : 1° qu'il soit émancipé ; 2° qu'il soit âgé de dix-huit ans accomplis ; 3° qu'il ait été « préalablement autorisé par son père ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil » ; 4° que l'acte d'autorisation ait été « enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile ». Art. 2 C. com. Or, c'est seulement du *mineur commerçant* que le législateur s'occupe dans l'art. 1308. Ce texte ne concerne donc pas le mineur qui exerce de fait un commerce sans avoir rempli les formalités dont nous venons de parler (3).

1961. En ce qui regarde l'acquisition de la qualité d'artisan, la loi ne prescrit aucune condition. L'artisan, qu'il ne faut confondre ni avec le fabricant ni avec l'ouvrier, est celui qui exerce, par lui-même et pour son propre compte, un art mécanique, un métier, une industrie. Si le mineur, qui

général du commerce exige que cela soit ainsi ». Fenet, XIII, p. 288 ; Locré, XII, p. 391, n. 175.

(1) Cette disposition se trouvait déjà dans l'ordonnance de mars 1673, tit. Ier, art. 6.

(2) Le banquier étant nécessairement commerçant, le législateur aurait pu, sans inconvénient, s'abstenir de parler du mineur banquier.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 258, note 19, et 5e édit., p. 426, note 19; Demolombe, XXIX, n. 111; Larombière, V, p. 404 (art. 1308, n. 2); Laurent, XVIII, n. 548; Boistel, *Dr. comm.*, n. 84; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 174, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 237; Arntz, III, n. 281; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 155. — Nancy, 12 janvier 1875, S., 75. 2. 52, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commerçant*, n. 73.

est dans ce cas, avait le droit d'obtenir la rescision des contrats par lui passés, il serait le premier à en souffrir, car, d'une part, nul ne se hasarderait à traiter avec lui seul, et, d'autre part, la nécessité de faire intervenir à tout moment son représentant légal lui créerait mille difficultés.

La définition qui précède montre assez que l'expression *artisan* ne saurait s'appliquer à ceux qui exercent des arts libéraux. Ainsi, les artistes peintres ou sculpteurs, les littérateurs, les acteurs sont restituables contre les engagements qu'ils contractent seuls, pendant leur minorité, relativement à l'exercice de leur profession [1].

Il ne faut point dire d'une façon absolue qu'en ce qui regarde la capacité, le Code assimile le mineur artisan au mineur commerçant. En effet, c'est ce dernier seulement qui, aux termes de l'art. 487, est *réputé majeur pour les faits* relatifs à sa profession. Nulle part, la loi n'applique une pareille formule au mineur artisan. Celui-ci n'est traité par elle comme le mineur commerçant qu'au point de vue spécial de la disposition de l'art. 1308, c'est-à-dire qu'en ce sens qu'il n'est pas restituable contre les engagements par lui contractés à raison de son art. Mais, s'il doit, relativement à ces obligations, ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, il demeure, à la différence du mineur commerçant, sous l'empire du droit commun. Ici, en d'autres termes, il n'est pas *réputé majeur*.

1962. C'est seulement pour les engagements par lui pris, à raison de son commerce ou de son art, que le mineur cesse d'être restituable. Toutes les autres obligations qu'il contracte seul sont rescindables pour cause de lésion. Tel est le cas pour l'engagement que fait naître à la charge d'un mineur un contrat d'apprentissage. On ne peut pas dire qu'en formant cette convention, le mineur s'oblige relativement à son art ou à son industrie ; la profession en vue de laquelle il traite n'est pas encore la sienne, puisqu'il s'agit précisément pour lui de l'acquérir [2].

[1] L'engagement théâtral contracté par un mineur seul n'est pas nul de plein droit, mais rescindable pour cause de lésion. Paris, 8 juil. 1882, S., 85. 2. 106.

[2] Larombière, V, p. 406 *in fine*-407 (art. 1308, n. 7).

1963. *c.* La troisième exception est écrite dans l'art. 1309 : « *Le mineur n'est point restituable contre les* CONVENTIONS » PORTÉES EN SON CONTRAT DE MARIAGE, *lorsqu'elles ont été faites* » *avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consen-* » *tement est requis pour la validité de son mariage* ». Le siège de la matière est dans l'art. 1398, qui reproduit en la complétant la disposition que nous venons de transcrire. Nous n'avons donc pas ici à étudier cette question [1]. Toutefois, nous tenons à faire une remarque : En réalité, l'exception énoncée dans l'art. 1309 est purement apparente. En effet, dans le cas prévu, si le mineur n'est pas restituable, ce n'est point par dérogation au principe posé dans l'art. 1305. Toutes les fois que, dans une convention faite par un mineur, ont été remplies les conditions ou les formalités exigées par la loi dans l'intérêt de celui-ci, non seulement cette convention est valable, mais encore elle ne peut être rescindée pour cause de lésion. Or, dans notre cas, les conditions prescrites par l'art. 1398 pour le contrat de mariage d'un mineur ont, par hypothèse, été observées. Le mineur est donc absolument dans la même situation que s'il avait fait, avec l'autorisation de son tuteur, un acte que ce dernier aurait pu accomplir seul. Il ne s'agit donc pas d'une exception; nous sommes hors du domaine de la règle [2].

1964. *d.* Ajoutons à cette liste l'exception relative aux obligations qui naissent nonobstant l'incapacité personnelle du débiteur. Cette exception concerne toutes les obligations légales [3]. C'est ainsi que le mineur ne serait pas restituable contre les obligations qui lui incomberaient à raison de sa qualité de tuteur de ses enfants. Art. 442-1°.

Cette exception concerne aussi les obligations engendrées à la charge du mineur par le fait d'autrui, notamment par une gestion d'affaires.

Est-il besoin de faire observer, comme le font certains auteurs, que le mineur ne peut pas obtenir la restitution contre

[1] V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, n. 141-155.

[2] Laurent, XVIII, n. 549, p. 555.

[3] Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 259, et 5e édit., p. 426; Demolombe, XXIX, n. 117; Laurent, XVIII, n. 550; Huc, VIII, n. 209.

l'obligation résultant de ce qu'il s'est enrichi aux dépens d'autrui? Dans cette hypothèse, comme il n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement, la limitation naturelle de son obligation rend toute lésion impossible et, par conséquent, ne laisse pas de place pour la restitution. Art. 1241 et 1312 *in fine*.

1965. Un mineur est recevable à demander la rescision alors même qu'il a traité avec un autre mineur. Cela n'est pas douteux. D'une part, la tradition est en ce sens (1), et, d'autre part, la disposition de l'art. 1305 étant générale, on ne peut pas distinguer. En ce qui regarde cette hypothèse, une exception ne pourrait exister qu'en vertu d'un texte spécial; or ce texte n'existe pas (2).

§ III. *Quels sont les effets de la nullité ou de la rescision prononcée.*

1966. L'effet de l'annulation ou de la rescision prononcée en justice est de remettre les choses au même état qu'avant la formation du contrat annulé ou rescindé (3). Certains auteurs croient pouvoir justifier cette proposition par l'effet de la condition résolutoire accomplie. Art. 1183 (4). Mais c'est confondre deux choses : la résolution et l'annulation ; la première, à la différence de l'autre, découle de la volonté des parties. L'explication suivante nous semble préférable : quand le juge, après avoir constaté que le contrat était vicié, en a prononcé la nullité ou la rescision, ce contrat ne saurait produire aucun effet, car la loi ne peut donner sa sanction à un acte qu'elle réprouve (5).

(1) « ...*Si minor adversus minorem restitui desiderat..., et puto audiendum...* » (Ulpien), L. 11, § 6, D., *De minoribus viginti quinque annis*, IV, 4. — Comp. L. 34, D., *eod. tit.*

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Mineur*, § 9, n. 3; Toullier, VII, n. 591; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 856; Marcadé, IV, n. 898; Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 8; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 258, et 5e édit., p. 425; Larombière, V, p. 430 (art. 1312, n. 14); Demolombe, XXIX, n. 177; Arntz, III, n. 280; Huc, VIII, n. 206. — V. cep. Colmet de Santerre, V, n. 270 *bis*-XXIII; Laurent, XVIII, n. 545.

(3) Cpr. L. 24, § 4, D., *De minoribus viginti quinque annis*, IV, 4.

(4) Demolombe, XXIX, n. 168.

(5) Laurent, XIX, n. 61, p. 64. — Cpr. Planiol, II, Ire édit., n. 1333, et 2e édit., n. 1277.

Déterminons d'une façon plus précise les conséquences de la nullité et de la rescision, d'abord entre les parties, puis à l'égard des tiers.

I. *Effets entre les parties.*

1967. *a.* Si, au moment de son infirmation, le contrat n'a été encore exécuté ni en totalité ni même en partie, la question est d'une extrême simplicité. Le contrat étant censé n'avoir jamais existé, il en est de même des obligations qu'il avait engendrées, et, par suite, on ne saurait en demander l'exécution. Cette solution est d'une exactitude évidente, car, une fois l'annulation ou la rescision prononcée, il n'y a, et même, au point de vue juridique, il n'y a jamais eu ni dette, ni créance.

Nous en avons déduit une conséquence au point de vue de la novation [1].

1968. *b.* Si, au contraire, au moment où il est infirmé, le contrat a reçu une exécution, totale ou partielle, les intéressés sont respectivement obligés de se restituer l'un à l'autre ce qu'ils ont reçu ou perçu en vertu de cette convention.

1969. Quand l'annulation ou la rescision porte sur un contrat translatif de propriété, se pose la question de savoir si le défendeur, en le supposant de bonne foi [2], peut, en vertu des art. 549 et 550, conserver les fruits par lui perçus depuis la délivrance de la chose jusqu'à la demande. L'affirmative nous paraît fondée. On fait une objection : L'hypothèse dont il s'agit n'est pas celle prévue par les deux articles sus-indiqués. Ils prévoient, en effet, le cas où le propriétaire exerce une action en revendication contre un tiers possesseur. Or, dans notre hypothèse, c'est une action en nullité ou en rescision qui est exercée, et le jugement qui fait droit à cette action a pour effet d'anéantir rétroactivement la possession. Le défendeur ne saurait donc conserver les fruits en qualité de possesseur de bonne foi. A notre avis, cette objection est sans portée. L'action en nullité ou en res-

[1] V. *supra*, n. 1696.

[2] Evidemment, quand la cause de nullité consiste dans le dol ou dans la violence émanant de l'acquéreur, elle exclut nécessairement la bonne foi.

cision, quand elle sert à attaquer un contrat translatif de propriété, a pour corollaire essentiel l'action en revendication. Celle-ci revit nécessairement par l'effet de la décision qui fait tomber le contrat. En succombant dans sa défense à l'action en nullité ou en rescision, l'acquéreur, par là-même, se trouve sous le coup de l'action en revendication. Quant à l'effet rétroactif du jugement, c'est une fiction. Il est donc sans influence sur la possession envisagée comme fait, et, par suite, il ne peut pas empêcher que, depuis la délivrance de la chose jusqu'à la demande, le contrat ait servi de soutien à la bonne foi de l'acquéreur (1).

Cette solution est applicable notamment quand un partage est rescindé pour cause de lésion de plus du quart (2). Au cas de rescision d'une vente immobilière à raison d'une lésion de plus des sept douzièmes, la question de la restitution des fruits est réglée expressément par le législateur dans une disposition spéciale : d'après l'article 1682, l'acquéreur, défendeur à l'action en rescision, peut à son choix ou fournir le supplément du juste prix ou rendre la chose. S'il prend ce dernier parti, il n'est tenu de restituer les fruits que du jour de la demande (3).

1970. Ainsi que nous l'avons dit, l'effet de la déclaration de nullité ou de rescision est d'obliger les parties à se restituer réciproquement ce qu'elles ont touché ou perçu en vertu du contrat annulé ou rescindé. Ce principe souffre exception dans le cas de l'article 1312 : « *Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en*

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 261, texte et note 9, et 5e édit., p. 429, note 9 et II, 4e édit., p. 267 et 5e édit., p. 100; Demolombe, IX, n. 605 et 606; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 299; Planiol, II, 1re édit., n. 1336, et 2e édit., n. 1280. — *Contra* Laurent, VI, n. 239-242, et XIX, n. 62; Arntz, III, n. 284; Huc, IV, n. 122, p. 155; Bufnoir, *op. cit.*, p. 698-700.

(2) *Sic* Demolombe, XVII, n. 511; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, n. 300; Arntz, II, n. 1645. — *Contra* Laurent, X, n. 511.

(3) Pour l'explication et la critique de cette disposition, voir en sens divers, Marcadé, VI, n. 11; Laurent, XXIV, n. 449.

être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit ». Si le législateur n'avait pas écrit cette disposition, les mineurs, les interdits et les femmes mariées n'auraient pas été protégés d'une façon efficace, car, obligés de rembourser ce qu'ils auraient dépensé sans en retirer aucun avantage, ils auraient subi un préjudice [1].

1971. Mais, si, au cas d'annulation ou de rescision du contrat par eux passé, ils ne sont pas tenus en vertu de l'engagement né de ce contrat, ils peuvent l'être du moins par application du principe qui s'oppose à ce qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui [2]. La restitution pourra donc être exigée d'eux s'il est prouvé que ce qu'ils ont reçu a tourné à leur profit, par exemple que le prix par eux touché se trouve encore entre leurs mains ou qu'ils l'ont employé utilement, soit en faisant un placement avantageux, soit en payant une dette.

La preuve du profit réalisé par l'incapable incombe à l'adversaire de celui-ci. La loi suppose qu'à raison de son incapacité, le mineur, l'interdit ou la femme mariée a dissipé ce qui lui a été payé. L'incapable, demandeur en nullité ou en rescision, a donc simplement à prouver que le paiement lui a été fait pendant son incapacité, sauf, toutefois, pour le mineur qui demande la rescision, à établir en outre qu'il a été lésé. C'est à l'autre partie à prouver que la chose payée a profité à l'incapable. Ce n'est là qu'une application des principes généraux en matière de preuve. L'adversaire de l'incapable demande le remboursement. A ce point de vue, il est dans la situation de tout demandeur. Il lui faut donc établir l'enrichissement du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, c'est-à-dire le fait qui sert de fondement à sa demande [3].

(1) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Fenet, XIII, p. 289; Locré, XII, n. 181, p. 393. — Cpr. Civ. cass., 25 août 1841, S., 41. 1. 782.

(2) Nous avons déjà trouvé dans l'article 1241 une application de cette même règle d'équité. V. notre tome II, n. 1434.

(3) Duranton, XII, n. 562; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 260, note 5, et 5e édit., p. 428, note 5; Demolombe, XXIX, n. 174; Larombière, V, p. 424 (art. 1312, n. 6); Laurent, XIX, n. 70; Arntz, III, n. 284; Thiry, III, n. 101; Huc, VIII, n. 214, p. 265; Planiol, II, 1re édit., n. 1335, al. 3, et 2e édit., n. 1279, al. 3. — Civ. cass., 1er juin 1870, S., 70. 1. 387, D. P., 70. 1. 432.

Ainsi, au cas d'emprunt d'une somme d'argent contracté par un mineur sans autorisation du conseil de famille, le prêteur ne peut réclamer le remboursement à ce mineur qu'en prouvant, abstraction faite du billet souscrit par ce dernier, non seulement la réalité du paiement qu'il dit avoir effectué, mais aussi, conformément à l'article 1312, le profit que, d'après lui, l'emprunteur en a tiré. Le juge ne saurait condamner le mineur en se fondant sur ce que le billet souscrit par celui-ci porte la mention de la valeur fournie et sur ce que le mineur ne prouve pas que cette valeur ne lui a pas profité (1).

Mais une question de droit se présente relativement à la preuve que doit faire l'adversaire de l'incapable. A-t-il simplement à démontrer que celui-ci a utilement employé la chose payée ? Ou doit-il en outre justifier que le profit subsiste encore au moment de la demande ? A nos yeux la preuve du premier fait est suffisante (2). Mais, ayant eu à examiner la même question sous l'art. 1241, nous renvoyons au commentaire de ce texte (3).

1972. En ce qui concerne le mineur, il n'y a pas à distinguer, au point de vue de l'application de l'art. 1312, si les contrats par lui passés sont rescindables pour cause de lésion ou annulables à raison de l'inobservation des formes. Que, dans le second cas, le mineur ne soit pas tenu de prouver qu'il a été lésé, peu importe. Dans les deux hypothèses, c'est en qualité d'incapable qu'il est admis à faire tomber ses engagements, et cela suffit pour qu'on soit dans les termes de l'art. 1312. Ce texte dispose, il est vrai, pour le cas où les incapables peuvent se faire *restituer*, et, par cette expression, la loi vise quelquefois exclusivement l'action en rescision pour cause de lésion. Mais il n'est pas douteux qu'il en est autrement dans l'art. 1312. Car le législateur y emploie

(1) Civ. cass., 1er juin 1870, S., 70. I. 387, D. P., 70. 1. 432. — Cpr. Civ. cass., 26 nov. 1861, S., 62. 1. 177, D. P., 62. 1. 490.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 260, texte et note 6, et 5e édit., p. 428, texte et note 6; Larombière, V, p. 425 (art. 1312, n. 8); Demolombe, XXIX, n. 175; Laurent, XIX, n. 69, p. 69.

(3) V. notre tome II, n. 1434, al. 2.

cette expression en parlant non seulement du mineur, mais encore de l'interdit et de la femme mariée. Or c'est toujours l'action en nullité que ces deux derniers ont à raison de leur incapacité (1).

1973. Le mineur émancipé peut, aussi bien que le mineur non émancipé, invoquer la disposition de l'art. 1312. En conséquence, lorsque, sans l'assistance de son curateur, il a consenti une aliénation excédant ses pouvoirs d'administration, il n'est pas tenu de restituer le prix qui lui a été payé, s'il n'en a pas profité (2).

1974. Quand les personnes pourvues d'un conseil judiciaire font prononcer la nullité des actes passés par elles sans l'assistance de ce conseil, alors que cette assistance était requise, sont-elles seulement tenues dans la mesure du profit qu'elles ont retiré de ces actes ? Oui, selon nous. La disposition de l'art. 1312 doit être généralisée, car elle est nécessaire pour assurer l'efficacité de toute action en nullité accordée à un incapable (3).

1975. A plus forte raison ne faut-il pas hésiter à décider que la femme demanderesse en nullité de l'aliénation de biens dotaux consentie par son mari, n'est tenue de restituer le prix de cette aliénation que s'il lui a profité; car, en ce qui regarde la femme mariée, les termes généraux de l'art. 1312 s'opposent à ce qu'on restreigne l'application de ce texte au cas où l'action en nullité est fondée sur le défaut d'autorisation (4).

1976. Cette circonstance que la restitution est prononcée au profit d'un incapable contre un autre incapable ne doit pas empêcher l'application de l'art. 1312, car ce texte est conçu en termes généraux. Donc, en pareille hypothèse, celui qui est restitué n'est pas tenu de rembourser ce qui lui a été payé pendant son incapacité, à moins que l'autre incapable ne prouve qu'il en a profité.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 260, note 8, et 5e édit., p. 429, note 8; Laurent, XIX, n. 67. — Bruxelles, 9 mai 1860, *Pasicr.*, 60. 2. 158.

(2) Req., 7 juil. 1879, S., 80. 1. 206, D. P., 80. 1. 61.

(3) *Sic* Huc, VIII, n. 214, p. 265. — *Contra* Bruxelles, 25 janv. 1855, *Pasicr.*, 55. 2. 401.

(4) Civ. rej., 26 mars 1855, S., 55. 1. 481, D. P., 55. 1. 326.

Il faut même aller jusqu'à décider que, lorsque deux mineurs ont traité ensemble, l'art. 1312 est applicable, alors même que chacun de ces mineurs a été lésé par la convention. Ainsi le mineur qui fait rescinder l'emprunt fait par lui à un autre mineur, n'est tenu de restituer que dans la mesure où il a profité de la somme empruntée et en supposant que son adversaire fasse la preuve de ce profit. Peu importe que le prêteur obtienne, de son côté, la rescision du contrat. Sans doute, si l'emprunteur a dissipé follement les deniers, l'application de l'art. 1312 fera obstacle à la réparation du préjudice subi par le prêteur, mais le jeu des principes conduit nécessairement à ce résultat (1).

1977. Les incapables ne peuvent bénéficier de la disposition de l'art. 1312 que lorsque la restitution est prononcée à raison de leur incapacité. Ce texte suppose, en effet, que les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, *en ces qualités,* à se faire restituer contre leurs engagements. Les incapables ne peuvent donc pas l'invoquer lorsque c'est pour une autre cause, par exemple pour vice du consentement, qu'ils font annuler un contrat par eux passé. Cette décision se justifie facilement : c'est en considération de l'incapacité des personnes dont s'occupe l'art. 1312 que la loi fait une exception en leur faveur (2).

D'un autre côté, ces personnes ne jouissent de la protection légale qu'à raison de ce qui leur a été payé *pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage,* plus généralement pendant leur incapacité. Le droit commun reprend donc son empire pour ce qui leur a été payé en temps de capacité.

1978. Il n'y a pas lieu de déroger à l'article 1312 en ce qui

(1) *Sic* Demolombe, XXIX, n. 177-180 ; Larombière, V, p. 430 (art. 1312, n. 14). — Ainsi, lorsque, dans le prêt consenti par un mineur à un autre mineur, l'emprunteur a dilapidé la somme prêtée, c'est lui qui est traité le plus favorablement. L. 11, § 6, L. 34, D., *De minoribus viginti quinque annis,* IV, 4. — M. Colmet de Santerre estime avec raison que cette solution est contraire à l'équité. Mais nous ne saurions le suivre lorsqu'il propose de partager la perte par moitié entre les deux mineurs. V. n. 270 *bis*-XXIII. La disposition de l'art. 1312 s'y oppose.

(2) Demolombe, XXIX, n. 176 ; Larombière, V, p. 421 (art. 1312, n. 3) : Laurent, XIX, n. 67 ; Huc, VIII, n. 214 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1335, al. 2, et 2e édit., n. 1279, al. 2.

concerne les contrats aléatoires, bien que son application en cas d'annulation ou de rescision d'un de ces contrats, puisse conduire à des résultats qui, en apparence du moins, sont peu conformes à l'équité. Un mineur qui s'est fait assurer contre l'incendie obtient la rescision de ce contrat. Il est certainement fondé à exiger le remboursement des primes par lui payées. Mais, comme il n'a pas reçu de l'assureur autre chose qu'une garantie contre certains risques, il n'a rien à restituer. Sans doute, en cas de sinistre, il aurait pu demander l'exécution de l'assurance, et il est très probable qu'il aurait pris ce parti. Mais ce n'est pas une raison pour écarter l'application de l'article 1312, d'autant plus que l'assureur a manqué de prudence en traitant avec l'incapable.

Supposons qu'un mineur a pris ou donné un immeuble à rente viagère et qu'il fasse rescinder ce contrat. Alors même que sa demande est postérieure à l'événement prévu par les parties comme devant mettre fin à la rente, il n'est tenu au remboursement que dans la mesure où l'a enrichi le paiement du capital ou des arrérages par lui reçus [1].

1979. Quand la somme d'argent prêtée à un incapable lui a profité tout entière, il serait, faute d'intérêt, non recevable à demander la nullité ou la rescision du contrat : à quoi bon faire tomber celui-ci, puisque, en le supposant annulé ou rescindé, l'incapable serait obligé, à raison de son enrichissement, de payer précisément la somme qu'il serait dispensé de payer à titre de remboursement du prêt? Cette décision, toutefois, suppose que l'obligation naissant du profit réalisé par l'incapable serait identique à celle que le contrat a fait naître à la charge de ce dernier. Donc, si, dans l'acte de prêt, il avait été stipulé, d'une part, que la somme prêtée serait productive d'intérêts et, d'autre part, que le remboursement ne pourrait avoir lieu qu'à l'arrivée d'un terme stipulé au profit du créancier, l'action en nullité ou en rescision serait recevable. Dans ce cas, en effet, il serait très utile pour l'incapable de faire infirmer le contrat [2].

[1] Larombière, V, p. 427 (art. 1312, n. 9).

[2] Larombière, V, p. 429 (art. 1312, n. 13). — Civ. rej., 23 fév. 1891, S., 95. 1. 78, D. P., 92. 1. 29.

II. *Effets à l'égard des tiers.*

1980. L'annulation ou la rescision réfléchit contre les tiers, et ici par *tiers* on entend les personnes auxquelles des droits ont été conférés par les parties sur les biens que ces dernières doivent réciproquement se restituer à raison de l'anéantissement du contrat. Par l'effet de l'annulation ou de la rescision, ce contrat est censé n'avoir jamais existé; les parties sont réputées n'avoir jamais eu aucun droit sur les choses dont il s'agit, et, par conséquent, ceux qu'elles ont pu créer au profit des tiers ou leur transmettre, sont considérés comme non avenus. C'est ce que l'art. 2125 dit relativement à l'hypothèque : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou *sujet à rescision,* ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou *à la même rescision* ». Il faut évidemment généraliser cette disposition, car c'est un principe absolu que nul ne peut transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Un droit annulable ou rescindable ne saurait donc, en passant à un sous-acquéreur, cesser d'être fragile.

Ainsi qu'on vient de le voir, l'art. 2125 parle aussi bien de la rescision que de la résolution, et il n'est pas douteux que ce texte emploie le mot *rescision* dans un sens large, c'est-à-dire comme s'appliquant, soit à la rescision proprement dite, soit à l'annulation. Nous devons donc étendre à notre matière ce que nous avons dit quant aux effets de la condition résolutoire accomplie ([1]).

Nous déciderons, en conséquence, que tous les actes de disposition émanant des parties tombent par l'effet de l'annulation ou de la rescision, et, comme nous avons eu déjà l'occasion de l'expliquer ([2]), il en est ainsi, d'après nous, même quand c'est pour cause de dol que le contrat est infirmé.

Toutefois, s'il s'agit d'un meuble corporel ou d'une créance

([1]) V. notre tome II, n. 817.
([2]) V. notre tome I, n. 126.

constatée par un titre au porteur et si le tiers est de bonne foi, l'application de notre principe sera écartée par celle de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.*

1981. Mais l'annulation ou la rescision réfléchit-elle contre les tiers lorsqu'ils tiennent leurs droits de la partie qui l'a demandée? Nous supposons qu'au moment où celle-ci a conféré ces droits, elle n'avait pas encore découvert le vice du contrat, car, s'il en était autrement, l'aliénation par elle consentie constituerait une confirmation, ainsi que le législateur nous le donne à comprendre dans l'art. 892, en ce qui regarde le partage. La question est délicate. A notre avis, c'est la négative qui doit être admise. Nous n'allons point, comme on l'a fait, jusqu'à dire que, dans l'hypothèse, l'action en nullité ou en rescision est non recevable. Puisque l'aliénation consentie par lui à un tiers ne vaut pas confirmation, le demandeur ne peut pas être considéré comme ayant renoncé à cette action. Mais, d'autre part, il doit respecter la situation par lui faite au sous-acquéreur : qui doit garantie ne peut évincer, ou, pour employer une formule qui, suivant la remarque de M. Bufnoir, a l'avantage de pouvoir s'appliquer même à la donation, celui qui a conféré des droits ne saurait y porter atteinte. La seule façon de concilier l'intérêt du sous-acquéreur avec celui du demandeur est de décider que celui-ci est seulement tenu de restituer par équivalent les choses qu'il ne peut plus restituer en nature [1].

1982. Si, en principe, les actes de disposition sont non avenus quand ils ont été faits par les parties avant l'annulation ou la rescision, à plus forte raison sont-ils sans valeur quand ils ont été accomplis après l'anéantissement du contrat. Les tiers ont donc intérêt à être informés de l'annulation ou de la rescision.

Aussi l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 dit-il : « Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre. L'avoué qui a obtenu

[1] Bufnoir, *op. cit.*, p. 702 *in fine* à p. 704.

ce jugement est tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau rédigé et signé par lui au conservateur, qui lui en donne récépissé ». Nous avons expliqué ce texte [1].

1983. Les actes d'administration doivent-ils, comme les actes de disposition, être considérés comme non avenus? Nous avons eu à examiner la question à propos de l'accomplissement de la condition résolutoire. Il nous suffit donc de renvoyer à nos précédentes explications [2]. Rappelons simplement que, selon nous, les actes d'administration subsistent.

§ IV. *Des fins de non recevoir opposables aux actions en nullité ou en rescision.*

I. *De la confirmation.*

A. *Notions générales.*

1984. Il y a confirmation lorsqu'une personne renonce au droit d'attaquer un acte annulable ou rescindable.

La confirmation suppose donc essentiellement une renonciation. Mais il est des renonciations qui ne constituent pas des confirmations, par exemple la remise de dette, la remise de la solidarité. Ainsi, la renonciation à un droit, c'est le genre; la confirmation, c'est l'espèce [3].

La confirmation diffère notablement de la simple *reconnaissance d'un droit,* bien que le législateur les ait rapprochées au point de les réglementer dans le même paragraphe. Elles ont, il est vrai, ceci de commun qu'elles supposent l'une et l'autre l'existence d'un fait juridique antérieur. Mais c'est là une ressemblance toute superficielle; la différence qui les sépare est autrement profonde. Celui qui reconnaît une obligation avoue seulement qu'elle s'est formée; mais il ne dit pas qu'il la tient pour valable, et, par conséquent, il ne renonce pas au droit qu'il peut avoir d'en demander la

(1) V. notre tome I, n. 127, et notre tome II, n. 947.

(2) V. notre tome II, n. 823.

(3) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 261, texte et note 1, et 5e édit., p. 430, texte et note 1; Demolombe, XXIX, n. 723; Laurent, XVIII, n. 559.

nullité. Si l'on peut dire que la confirmation implique reconnaissance, il est tout aussi certain que la reconnaissance n'emporte pas confirmation (1).

Il ne faut pas, non plus, confondre la confirmation avec la *novation*. Celle-ci a pour but de créer une obligation nouvelle destinée à remplacer une obligation préexistante; tandis que la confirmation ne fait naître aucune obligation nouvelle, elle a simplement pour but de valider l'obligation à laquelle elle s'applique. *Confirmatio nil dat novi* (2).

1985. Quoique le législateur emploie souvent comme synonymes les mots *confirmation* et *ratification* (art. 1338, 1340, 1311) (3), on doit néanmoins soigneusement distinguer la confirmation de la ratification *sensu proprio*. La ratification proprement dite consiste dans la déclaration que fait une personne de prendre pour son compte les actes qu'un tiers a passés en son nom sans en avoir reçu mandat. Art. 1239, 1998. C'est une approbation donnée après coup à un acte accompli par une personne sans pouvoir; elle équivaut à un mandat donné lorsque l'acte est consommé (4). La ratification, entendue dans ce sens, n'offre aucun point de contact avec la confirmation. Aussi les règles que nous allons expliquer lui sont-elles absolument inapplicables : elle est régie par l'art. 1998 (5). Pour éviter toute confusion, nous emploie-

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 261, texte et note 2, et 5e édit., p. 430, texte et note 2; Larombière, VI, p. 303-304 (art. 1338, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 724; Laurent, XVIII, n. 561; Huc, VIII, n. 273. — Riom, 10 janv. 1857, S., 57. 2. 494, D. P., 58. 2. 6.

(2) Duranton, X, n. 345, XII, n. 294, et XIII, n. 269; Zachariæ, § 339, texte et notes 3 et 28; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 261, texte et note 3, et 5e édit., p. 430, texte et note 3; Demolombe, XXIX, n. 725.

(3) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 300, et Locré, XII, p. 404, n. 205.

(4) *Ratihabitio mandato comparatur* (Ulpien), L. 12, § 4, D., *De solut. et liber.*, XLVI, 3.

(5) Toullier, VIII, n. 491 et 502; Duranton, XIII, n. 265; Marcadé, V, sur l'art. 1338, V *in fine;* Zachariæ, § 339, texte et note 4: Troplong, *Du mandat*, n. 608-609; Pont, *Du mandat*, n. 1071; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 261, texte et note 4, et 5e édit., p. 430, texte et note 4; Larombière, VI, p. 304-306 (art. 1338, n. 3); Demolombe, XXIX, n. 722 et 752, et XXXI, n. 205; Laurent, XVIII, n. 560; Huc, VIII, n. 276; Bufnoir, *op. cit.*, p. 705; Planiol, II, 1re édit., p. 411, note 1, et 2e édit., p. 406, note 1. — Civ. Cass., 26 déc. 1815, S. chr., V, 1. 208, coll. 3. — Civ. rej., 8 mai 1852, S., 52., 1. 447, D. P., 52. 1. 143. — Bordeaux, 8 août 1870,

rons exclusivement le terme de confirmation, quand il s'agit de valider un acte nul.

1986. La confirmation est un acte *unilatéral*. Le consentement des deux parties n'est pas nécessaire, puisqu'elle n'a pour objet, ni de créer une obligation nouvelle, ni d'éteindre une obligation préexistante ; il suffit que la partie, au profit de laquelle est née une action en nullité ou une action en rescision, renonce à la faire valoir (1). Ce caractère, imprimé à la confirmation, conduit à cette double conséquence : 1° l'auteur de la confirmation ne peut pas la révoquer sous prétexte que l'autre partie ne l'aurait pas acceptée ; car cette acceptation n'est pas indispensable ; 2° quand on dresse un acte pour constater la confirmation, et que cet acte est sous seing privé, il n'est pas nécessaire qu'il soit rédigé en plusieurs originaux. Arg. art. 1325 (2).

1987. Rien ne s'oppose à ce que la confirmation soit conditionnelle ; en d'autres termes, elle peut n'avoir lieu qu'en vue de la réalisation d'une certaine éventualité. Dans ce cas, il faut appliquer les principes généraux, et, par conséquent, si la condition vient à défaillir, la confirmation sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu (3).

1988. Dans l'art. 1338, le législateur, par l'expression « *acte de confirmation* », entend à la fois et le fait juridique

S., 71. 2. 10, D. P., 71. 2. 174. — Bordeaux, 27 mai 1872, joint à Req., 12 fév. 1873, S., 73. 1. 457. — Rennes, 21 fév. 1879, et, sur pourvoi, Req., 1er juin 1880, S., 80. 1. 405. — Req., 11 nov. 1879, S., 81. 1. 165, D. P., 80. 1. 421. — Req., 13 juin 1883, S., 84. 1. 184, D. P., 84. 1. 232. — Cpr. Req., 22 mars 1880, S., 81. 1. 166, D. P., 80. 1. 326 ; 6 fév. 1893, D. P., 93. 1. 352.

(1) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Mineur*, § 3 ; Toullier, VIII, n. 509 ; Duvergier, *Consultation*, D. P., 48. 1. 17 (note) ; Marcadé, V, sur l'art. 1338, V, dernier al. ; Colmet de Santerre, V, n. 309 *bis*-I ; Mourlon, II, n. 1593 *in fine* ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 269, note 32, et 5e édit., p. 444, note 32 ; Larombière, VI, p. 356 (art. 1338, n. 47) ; Demolombe, XXIX, n. 768 ; Laurent, XVIII, n. 563 et 568 *in fine* ; Thiry, III, n. 149 *in fine* ; Huc, VIII, n. 273 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 705 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1355, et 2e édit., n. 1299. — Lyon, 21 déc. 1840, D., *Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 978. — V. cep. en sens contraire Zachariæ, § 339, texte et note 18 ; Arntz, III, n. 371.

(2) Duranton, XIII, n. 275 ; Laurent, XVIII, n. 648 ; Marcadé, Larombière, Huc, Aubry et Rau, 5e édit., et Planiol, *loc. cit.*

(3) Laurent, XVIII, n. 656 ; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 444. — Civ. cass., 19 août 1857, S., 58. 1. 142, D. P., 57. 1. 339.

de confirmation et l'écrit ou instrument qui sert à le constater; de plus, il s'occupe de la confirmation dans le chapitre *De la preuve*. Cette terminologie et cette classification sont dangereuses, car elles sont de nature à faire naître cette idée que la validité de la confirmation est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Or, il n'en est point ainsi, et ce qui le montre bien, c'est que le législateur admet la confirmation tacite (1).

Au surplus, c'est dans le même paragraphe que les auteurs du Code ont réglementé les actes confirmatifs et les actes récognitifs, ce qui aggrave le défaut de leur classification (2).

B. *De quelle manière se fait la confirmation.*

1989. La confirmation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand elle résulte d'une déclaration formelle de volonté de la part de celui qui confirme. On rédige ordinairement un écrit pour la constater; mais, comme nous venons de le dire, la confirmation existe en l'absence de toute forme.

Elle peut même n'être que tacite. Le cas le plus remarquable de confirmation tacite est l'exécution volontaire : « *A défaut de confirmation ou de ratification,* dit l'art. 1338 dans son deuxième alinéa, *il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée* ». Mais ce cas n'est pas le seul. Il faut dire, d'une façon générale, que la confirmation peut résulter de tout acte qui suppose, chez la personne à laquelle appartient l'action en nullité ou en rescision, l'intention de renoncer à cette action (3), à la condition, bien entendu, que cette intention ne soit pas équivoque (4).

(1) Marcadé, V, 5e édit., p. 83: Demolombe, XXIX, n. 227; Laurent, XVIII, n. 558; Thiry, III, n. 146, al. 2; Huc, VIII, n. 272, p. 341 *in fine*.

(2) Demolombe, XXIX, n. 721.

(3) Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 443; Larombière, VI, p. 350-351 (art. 1338, n. 41); Demolombe, XXIX, n. 781 à 783; Laurent, XVIII, n. 620; Thiry, III, n. 148; Bufnoir, *op. cit.*, p. 716 *in fine;* Planiol, II, 1re édit., n. 1354, al. 2, et 2e édit., n. 1298, al. 2. — Caen, 8 déc. 1852, S., 53. 2. 480, D. P., 53. 2. 135. — Grenoble, 10 juill. 1860, S., 61. 2. 21, D. P., 62. 2. 40. — Req., 9 nov. 1869, S., 70. 1. 71, D. P., 70. 1. 165; 26 fév., 1877, S., 77. 1. 264, D. P., 78. 1. 162; 25 nov. 1878, S., 79. 1. 57, D. P., 79. 1. 415; 22 juill. 1885, S., 87. 1. 248, D. P., 87. 1. 228; 7 fév. 1899, S., 99. 1. 224, D. P., 99. 1. 278. — V. C. civ. japon., art. 125.

(4) Orléans, 9 juill. 1845, S., 46. 2. 108, D. P., 46. 2. 31. — Lyon, 3 août 1850,

1990. La confirmation tacite peut résulter notamment d'un acte fait avec un tiers; il en est ainsi, par exemple, quand l'acquéreur d'un immeuble, après avoir découvert la cause qui lui donne le droit de faire annuler ou rescinder son contrat d'acquisition, revend ou donne l'immeuble à un tiers. Art. 892 et arg. de cet article (1). La confirmation tacite peut également résulter d'un acte qui est l'œuvre exclusive de la partie à laquelle appartient l'action en nullité ou en rescision, par conséquent d'un acte à l'accomplissement duquel aucune autre personne n'a concouru. C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque l'acquéreur d'un immeuble, après la découverte du vice qui l'autorise à faire tomber le contrat, construit ou démolit sur l'immeuble (2).

Mais, du moins en principe, les actes d'administration n'ont pas cette portée (3).

1991. En ce qui regarde la confirmation résultant de l'exécution, deux remarques sont nécessaires :

1° C'est seulement à l'exécution même que le législateur reconnaît la portée d'une confirmation, et, par suite, l'obligation ne serait confirmée ni par la demande d'un délai pour payer, ni par la constitution d'une hypothèque destinée à la garantir, ni par une offre qui n'aurait pas été acceptée et qui pourrait être retirée; car, si de pareils actes supposent l'intention d'exécuter, ils ne réalisent pas l'exécution (4).

D. P., 54. 5. 634. — Riom, 5 déc. 1883, D. P., 85. 2. 84. — Req., 6 juill. 1887, S., 90. 1. 391, D. P., 87. 1. 317.

(1) Larombière, *loc. cit.;* Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 443, note 31 *ter;* Demolombe, XXIX, n. 781; Bufnoir, *loc. cit.* — Req., 25 nov. 1878, S., 79. 1. 57, D. P., 79. 1. 415. V. aussi les décisions citées à l'avant-dernière note. — Spécialement sur l'application contenue dans l'art. 892, V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions,* III, 1re édit., n. 4679-4688, et 2e édit., n. 3572-3577; Bufnoir, *op. cit.*, p. 717-719.

(2) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXIX, n. 782; Bufnoir, *op. cit.*, p. 717.

(3) Duranton, XIII, n. 282; Larombière, VI, p. 351 *in fine* et 352 (art. 1338, n. 44 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 783.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 268 et 269, et 5e édit., p. 442 et 443; Larombière, VI, p. 352 (art. 1338, n. 45); Demolombe, XXIX, n. 778. — V. en ce qui concerne la demande d'un délai, Rennes, 8 avril 1835, S., 36. 2. 37, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4538-1°, et Lyon, 24 déc. 1852, D. P., 55. 5. 295. — V. en ce qui concerne les offres non acceptées, Civ. rej., 8 avril 1835, S., 36. 1. 37, D., *op.* et v° *cit.*, n. 547. — *Secus* C. civ. japon., art. 125-4°.

2° L'exécution partielle, aussi bien que l'exécution totale, vaut confirmation pour le tout. Cette proposition a été contestée ; mais aujourd'hui elle est admise par tout le monde [1].

C. *Conditions de validité de la confirmation.*

1992. *a.* La première condition exigée par la loi, c'est que la confirmation s'applique à un *acte simplement annulable ou rescindable*. Elle est indiquée par ces premiers mots de l'art. 1338 : « L'acte de confirmation ou ratification d'une » obligation contre laquelle la loi admet *l'action en nullité* » *ou en rescision...* »

La confirmation, en effet, ne saurait se concevoir pour les actes inexistants [2]. Tout ce qui est possible, c'est de *refaire* un pareil acte, ainsi que l'art. 1339 le dit pour les donations nulles en la forme, comme nous le verrons bientôt. Mais refaire un acte, ce n'est point valider l'acte primitif, c'est faire un acte nouveau. Encore faut-il, pour qu'on puisse refaire un acte inexistant, que l'obstacle qui s'opposait à sa formation ait disparu.

Nous pouvons indiquer plusieurs autres différences :

1° L'acte confirmé a commencé à exister le jour même où il a été fait, et, par conséquent, ses effets datent de cette époque, et non pas seulement du jour de la confirmation. Il faut, au contraire, qu'un acte inexistant soit refait pour que, en réalité, il y ait un acte. Il ne saurait donc être question d'effets produits avant le moment où l'acte inexistant a été refait.

2° On ne peut refaire un contrat que s'il y a concours de volontés, tandis que, nous le savons, la confirmation est l'œuvre de la volonté unilatérale.

3° Quand l'acte annulable est une aliénation d'immeuble

(1) *Sic* Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Mineur*, § 3 ; Duranton, XII, n. 558, et XIII, n. 280 ; Zachariæ, § 339, texte et note 21 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 268, et 5e édit., p. 442 ; Larombière, VI, p. 350-351 (art. 1338, n. 43) ; Demolombe, XXIX, n. 776 ; Laurent, XVIII, n. 635 ; Huc, VIII, n. 272 et 274 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 716 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1354, et 2e édit., n. 1298. — Civ. rej., 4 thermidor an IX (réception d'une portion du prix), S. chr., I, 1. 501, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4524. — Rennes, 8 avril 1835, précité. — C. civ. japon., art. 125-1°. — *Contra* Marcadé, V, sur l'art. 1338, II.

(2) V. *supra*, n. 1932 *in fine*. — V. aussi C. civ. japon., art. 119.

et qu'il est confirmé, il n'est pas besoin, d'après l'opinion générale, de faire transcrire la confirmation [1]; mais, quand une aliénation d'immeuble, n'ayant pas d'existence légale, est refaite, le nouvel acte est certainement assujetti à la transcription.

4° Nous ferons une remarque analogue pour la constitution d'hypothèque : si l'on suppose que cet acte est confirmé, le créancier n'est pas tenu de faire inscrire la confirmation, ni même, croyons-nous, de la faire mentionner en marge de l'inscription précédente [2]. Il en est autrement si la constitution d'hypothèque, n'étant qu'un acte inexistant, est refaite, il y a, dans ce cas, une nouvelle constitution d'hypothèque, et, par suite, il n'est pas douteux que le créancier doit remplir les formalités de publicité.

1993. Après avoir posé le principe, le législateur en donne immédiatement une application dans l'art. 1339 : « *Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs : nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale* ». La donation entre vifs, infectée d'un vice de forme, ne peut pas être confirmée, parce que la forme est alors constitutionnelle [3]. Le législateur en conclut très justement que la donation doit être « *refaite en la forme légale* ». Cette conséquence n'a pas seulement une valeur de mots; elle touche au fond du droit. Comme nous venons de l'expliquer, autre chose est confirmer un acte, autre chose le refaire. Refaire une donation, c'est faire une donation nouvelle, qui ne produira d'effet qu'à la date du nouveau contrat et qui suppose réunies à ce moment toutes les conditions de validité requises par la loi, notamment celle de l'acceptation expresse. Au contraire, la donation simplement confirmée est toujours la même donation, devenue inattaquable, et dont la validation n'exige que l'intervention d'une volonté unique [4].

[1] V. notre tome I, n. 390.

[2] *Sic* Laurent, XXXI, n. 61. — Cpr. Civ. rej., 25 nov. 1856, S., 57. 1. 117, D. P., 56. 1. 385. — Riom, 27 mai 1884, D. P., 85. 2. 229. — *Contra* Pont, *Des priv. et hyp.*, II, n. 981.

[3] V. *supra*, n. 1930.

[4] Larombière, VI, p. 384 (art. 1339-1340, n. 3); Demolombe, XXIX, n. 738; Laurent, XVIII, n. 589.

1994. Si le donateur, voulant confirmer ainsi la donation nulle en la forme, faisait un testament en faveur du donataire, ce testament, sans doute, serait valable; mais il n'aurait point la puissance de vivifier la donation; la disposition vaudrait seulement comme legs; le gratifié serait, non pas un donataire, mais un légataire (1).

1995. L'art. 1339 vise en termes généraux la donation *nulle en la forme.* Il s'applique donc à toutes les nullités de forme, notamment à celle qui résulte du défaut d'acceptation expresse. Et peu importe qu'il s'agisse de l'inobservation des formes spécialement exigées par le Code civil pour la validité des donations ou de l'inobservation des formes généralement prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour la régularité des actes notariés (2).

Mais c'est seulement aux nullités de forme que l'art. 1339 s'applique. Il ne fait donc pas obstacle à la confirmation des donations entachées d'une autre sorte de vice, notamment d'un vice de capacité ou de consentement (3).

1996. Du moment qu'on ne peut pas confirmer expressément la donation faite sans les formes solennelles, à plus forte raison ne peut-on pas la confirmer tacitement. Cela résulte d'abord de la fin de l'art. 1339, puisqu'elle porte qu'une pareille donation doit être *refaite en la forme légale.* De plus, en disposant, comme nous allons le voir, que l'exécution volontaire, *par les héritiers* ou ayants cause du donateur, emporte renonciation à opposer les vices de forme, l'article suivant montre bien qu'il en est autrement de l'exécution par le donateur lui-même. Enfin on ne conçoit pas plus la possibilité de confirmer tacitement un acte inexistant que de le confirmer expressément (4).

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 264, note 12, et 5e édit., p. 435, note 12; Larombière, VI, p. 387 (art. 1339-1340, n. 8); Demolombe, XXIX, n. 742.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 264, note 10, et 5e édit., p. 434, note 10; Larombière, VI, p. 383 (art. 1339-1340, n. 1); Demolombe, XXIX, n. 736; Laurent, XVIII, n. 587. — *Contra* Grenoble, 21 décembre 1827, S. chr., VIII, 1. 428, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 1417.

(3) Duranton, XIII, n. 394; Aubry et Rau et Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 737; Laurent, XVIII, n. 587, al. 2; Huc, VIII, n. 277, p. 347 *in fine* et 348.

(4) *Sic* Duranton, VIII, n. 389, et XIII, n. 292; Colmet de Santerre, V, n. 312 *bis*;

1997. Mais, si la donation est accompagnée de charges, le donataire peut-il, en les exécutant, confirmer la donation? Non, car il est inadmissible que la donation, inexistante à l'égard du donateur, soit simplement annulable à l'égard du donataire. Au surplus, s'il suffisait, pour que la donation fût confirmée, que le donataire prît l'initiative de son exécution, la prohibition contenue dans l'art. 1339 deviendrait illusoire (1).

1998. La disposition de l'art. 1339 s'applique aussi bien quand la donation a pour objet un meuble que lorsqu'elle porte sur un immeuble. On pourrait objecter pourtant que, la donation des meubles corporels étant valablement faite de la main à la main, il y a peu d'intérêt à savoir si l'exécution volontaire est ou non susceptible de confirmer une telle donation nulle en la forme, puisque cette exécution, consistant dans la tradition de la chose donnée, vaut dans tous les cas comme donation manuelle. Néanmoins, le principe apparaît toujours avec la même netteté. Il ne faut pas, en effet, dire d'une façon absolue que la tradition est efficace dans tous les cas; son inefficacité peut résulter de l'intention qui la motive. Si elle a été faite en exécution de la donation nulle en la forme, *animo solvendi*, elle ne vaudra, ni comme confirmation, parce que, dans l'espèce, il est impossible, de confirmer, ni comme donation, puisqu'elle manque de l'*animus donandi*. Pour qu'elle vaille, il faut qu'elle ait été faite avec l'intention de renouveler la donation que l'on savait inexistante. Mais il y a alors une nouvelle libéralité, qui ne produit d'effet que *ex nunc*, et qui se limite rigoureusement aux meubles livrés, alors même que d'autres meubles auraient été compris dans la donation primitive (2).

Mourlon, II, n. 1596, al. 3; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 264, note 11, et 5e édit., p. 434, note 11; Larombière, VI, p. 383 384 (art. 1339-1340, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 739; Laurent, XVIII, n. 588. — Req., 6 juin 1821, S. chr., VI. I. 449, D., *Répert. alph.*, vo *Disp. entre vifs*, n. 1414-1o. — Bourges, 30 août 1831, S., 32. 2. 111, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4586-1o. — *Contra* Toullier, VIII, n. 526; Teste, *Encycl. du dr.*, vo *Acte récognitif et confirmatif*, n. 26.

(1) Demolombe, XXIX, n. 743; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 435, note 11 *in fine*. — V. cependant Larombière, VI, p. 388-389 (art. 1339-1340, n. 12).

(2) Colmet de Santerre, V, n. 312 *bis;* Mourlon, II, n. 1596 *in fine;* Larombière,

1999. Rationnellement, la donation inexistante pour défaut de forme ne devrait pas plus pouvoir être confirmée par les héritiers ou ayants cause du donateur après sa mort que par le donateur lui-même, car l'obstacle qui s'opposait à la confirmation n'a pas disparu. Comment un acte inexistant pourrait-il se transformer en un acte simplement annulable par la mort de celui qui l'a fait? Cependant la loi écarte cette conséquence, et elle lui substitue, dans l'art. 1340, une solution qui est une étrange anomalie : « *La confirmation ou rati-* » *fication, ou exécution volontaire d'une donation par les* » *héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, em-* » *porte leur renonciation à opposer soit les vices de forme,* » *soit toute autre exception* ».

Pourquoi la confirmation, que l'art. 1339 déclare impossible pour le donateur, est-elle déclarée possible pour ses héritiers ou ayants cause par l'art. 1340 ? Cette recherche a exercé la sagacité des interprètes.

D'après certains auteurs, la donation, nonobstant sa nullité, engendrerait une obligation naturelle que la confirmation des héritiers transformerait en obligation civile [1]. Cette proposition est certainement erronée : *confirmatio nil dat novi ;* la confirmation ne peut donc pas convertir une obligation naturelle en obligation civile. D'ailleurs, si la donation nulle en la forme produisait une obligation naturelle, ce serait nécessairement vrai à l'égard du donateur comme à l'égard de ses héritiers, et, par conséquent, on ne pourrait pas expliquer pourquoi la confirmation est permise à ceux-ci et non pas à celui-là.

La raison la plus probable de la disposition de l'art. 1340 est, selon nous, la suivante : l'exigence des formes solennelles a pour but d'empêcher qu'une volonté étrangère ne détermine le donateur à dépouiller ses parents. Si, après sa

VI, p. 385-386 (art. 1339-1340, n. 5 et 6); Demolombe, XXIX, n. 740; Laurent, XVIII, n. 590; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 435, note 11 *bis*. — L'art. 1339 reçoit son application à la donation d'effets mobiliers corporels nulle pour absence de l'état estimatif prescrit par l'art. 948. C'est une nullité de forme. — Pau, 13 mai 1890, S., 91. 2. 228, D. P., 90. 2. 345.

[1] Demante (continué par Colmet de Santerre), V, n. 313 ; Marcadé, V, sur l'art. 1340, al. 2. — Cpr. Arntz, III, n. 368.

mort, ses héritiers estiment que la donation a été faite librement et doit être maintenue, leur volonté doit prévaloir; le législateur ne saurait se montrer plus rigoureux que les personnes auxquelles profiterait l'inefficacité de la donation [1].

2000. En ce qui regarde les conditions de forme, la confirmation faite par les héritiers ou ayants cause du donateur ne présente rien de spécial. Elle peut donc être expresse ou tacite et résulter notamment de l'exécution volontaire.

Elle demeure également assujettie aux conditions de validité qui sont exigées par l'art. **1338** et que nous étudierons bientôt. Il faut, par conséquent, que les héritiers ou ayants cause du donateur connaissent le vice de forme et qu'ils aient l'intention de le réparer [2].

L'art. **1340** prend le soin de dire que le droit de confirmer la donation viciée dans sa forme ne peut être exercé par les héritiers et ayants cause du donateur qu'*après son décès*. C'est que la confirmation pendant la vie du donateur par un héritier présomptif constituerait un pacte sur succession future [3].

2001. Par ces mots de l'art. **1340** « héritiers ou ayants cause », le législateur entend les personnes dont le droit s'ouvre par le décès du donateur, par conséquent non seulement les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers, mais aussi les donataires de biens à venir et les légataires, soit à titre universel, soit à titre particulier. Le législateur le fait compren-

(1) Planiol, III, 1re et 2e édit., n. 2532, al. 2. — Cpr. Duranton, XIII, n. 291; Mourlon, II, n. 1597, dernier alinéa; Larombière, VI. p. 388 389 (art. 1339-1340, n. 13); Devilleneuve. *Observations* sur l'arrêt de la cour de Bastia du 10 avril 1854, S., 54. 2. 236-237; Demolombe, XXIX, n. 744; Laurent, XVIII, n. 593; Thiry, III, n. 147, al. 4. p. 173; Huc, VIII, n. 278.

(2) Toulouse, 1er avril 1868, S., 68. 2. 205, D. P., 68. 2. 119.

(3) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Fenet, XIII, p. 301, et Locré, XII, p. 405, n. 207; Delvincourt, II, p. 255; Toullier, VIII, n. 526 *in fine;* Duranton, *loc. cit.;* Marcadé, V. sous l'art. 1340, II *in fine;* Aubry et Rau, VI, 4e édit., p. 265; Larombière, VI, p. 388 *in fine* (art. 1339-1340, n. 13, al. 2); Demolombe, XXIX, n. 745; Laurent, XVIII, n. 598; Thiry, III, n. 147 *in fine.* — Civ. cass., 6 janv. 1838, S., 38. 1. 646. — Civ. rej., 31 janv. 1844, S., 44. 1. 368, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4594-2°; 5 janv. 1846, S., 46. 1. 122, D. P., 46. 1. 15. — Bastia, 10 avril 1854, S., 54. 2. 236 (note de Devilleneuve), D., *Répert. alph.*, v° *Success.*, n. 1825-c.

dre suffisamment quand il suppose que ces personnes confirment la libéralité *après le décès* du donateur [1].

2002. D'après tous les auteurs, à la seule exception de M. Laurent, et d'après la jurisprudence, les art. **1339** et **1340** sont applicables aux testaments comme aux donations entre vifs. Il y a, en effet, dit-on, dans les deux hypothèses, pour l'un et pour l'autre de ces textes, même raison de décider.

Qu'il faille décider pour les testaments nuls en la forme, comme l'art. **1339** le fait pour les donations entre vifs consenties sans les solennités requises par les art. **932** s., que le disposant ne peut pas confirmer l'acte, voilà qui est certain, car le principe essentiel, dont l'art. **1339** renferme une application, est commun à tous les actes inexistants.

Mais ce qui nous paraît très douteux, c'est qu'on puisse étendre aux testaments nuls en la forme la disposition de l'art. **1340**. Elle est exceptionnelle, en effet, comme nous l'avons dit. C'est une anomalie qu'il est fort difficile d'expliquer. Les principes généraux s'opposent donc à ce qu'elle puisse être étendue aux testaments. On objecte que, si l'art. **1339** parle d'une donation *entre vifs,* l'art. **1340** emploie le mot *donation* sans préciser, et qu'on peut, en conséquence, considérer sa disposition comme visant aussi bien la donation testamentaire que la donation entre vifs. Mais il ne faut pas perdre de vue l'enchaînement des idées : la disposition de l'art. **1340** fait suite à celle de l'art. **1339**, qui, d'après ses termes mêmes, n'est relative qu'à la donation entre vifs. Au surplus, en supposant qu'il y ait doute, nous devons, à raison du caractère exceptionnel de la disposition de l'art. **1340**, interpréter ce texte restrictivement [2].

A plus forte raison dirons-nous que l'art. **1340**, écrit

[1] Larombière, VI, p. 389 (art. 1339-1340, n. 14) ; Demolombe, XXIX, n. 746.

[2] *Sic* Laurent, XIII, n. 462. — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 5 ; Grenier, *Donations*, n. 325 ; Duranton, IX, n. 174 ; Marcadé, V, sur l'art. 1340, IV ; Colmet de Santerre, IV, n. 140 *bis*-I, et 140 *bis*-II et V, n. 313 *bis*-II ; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 95 8° ; Larombière, VI, p. 394 (art. 1339-1340, n. 18) ; Demolombe, XXIX, n. 750 ; Thiry, II, n. 426, p. 419 ; Huc, VI, n. 310, p. 390 ; Planiol, 1re et 2e édit., III, n. 2685. — Toulouse, 2 juil. 1807, S. chr., II, 2. 272. — Colmar, 29 mai 1823, S. chr., VII, 2. 221. — Req., 5 fév. 1829, S. chr., IX, 1. 227. — Rennes, 12 mai 1851, S., 52. 2. 287, D. P., 53. 2. 23.

exclusivement en vue de la donation entre vifs, ne saurait s'appliquer à un autre contrat solennel. Il ne faut donc pas admettre, comme le font certains auteurs [1], que les conventions matrimoniales nulles en la forme peuvent être confirmées par les héritiers des époux. Quand il a été fait sans les solennités requises par la loi, le contrat de mariage est inexistant, et, comme il demeure sous l'empire des principes généraux, il ne peut être confirmé ni par les époux, ni par leurs héritiers [2].

2003. On ne peut confirmer que l'obligation qui existe civilement, car, aux termes de l'art. 1338, l'obligation susceptible de confirmation est celle « contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision ». Il est donc impossible, du moins d'après nous, de confirmer une obligation naturelle. Mais c'est un point que nous avons déjà examiné longuement et sur lequel, par conséquent, nous n'avons pas à insister [3].

2004. *b.* Il faut que la confirmation ait lieu *avec connaissance du vice dont l'obligation était entachée et avec l'intention de le réparer.* La loi exige même, nous le verrons tout à l'heure, que la réalisation de cette condition soit mentionnée dans l'acte confirmatif quand on en dresse un. Cette condition découle, en effet, de la notion même de la confirmation : on ne peut renoncer à un droit dont on ignore l'existence, et il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer.

Si l'obligation est infectée de plusieurs vices, la confirmation ne la validera complètement qu'autant que le débiteur les aura tous connus ; s'il n'en connaissait que quelques-uns, elle ne purgera l'obligation que des vices qui étaient connus de lui au moment où il a confirmé [4].

2005. La confirmation tacite est soumise à la même condition, car il s'agit, non d'une solennité extrinsèque, mais

(1) Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 249 et p. 253. — Req., 31 janv. 1833, S., 33. 1. 471. — Civ. rej., 26 avril 1869, S., 69. 1. 297, D. P., 69. 1. 246.

(2) Laurent, XVIII, n. 596, et XXI, n. 46, p. 67 *in fine* et 68 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 198 ; Huc, IX, n. 32, p. 40.

(3) V. notre tome II, n. 1679.

(4) Mourlon, II, n. 1593, al. 3 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1351-1°, et 2e édit., n. 1295-1°.

d'une condition intrinsèque. « A défaut d'acte de confirma-
» tion ou ratification, dit l'art. 1338, al. 2, il suffit que l'obli-
» gation soit exécutée *volontairement après l'époque à laquelle*
» *l'obligation pouvait être valablement confirmée...* » Pour que l'exécution soit *volontaire,* il faut non seulement qu'elle soit faite spontanément, ou, au moins, librement, mais aussi qu'on y procède *en connaissance de cause et avec l'intention de confirmer.* C'est également le sens que nous avons reconnu à la même expression dans l'art. 1235, al. 2 (1). D'ailleurs, puisque le législateur suppose que l'exécution intervient *à l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée,* il suppose aussi, par le fait même, que celui qui a exécuté connaissait le vice à réparer (2).

On voit que l'exécution ne saurait être considérée comme volontaire :

1° Lorsqu'elle est faite sous l'empire d'une pression morale,

(1) V. notre tome II, n. 1674.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Ratification,* n. 9, et *Quest.*, v° *eod.*, § 5, n. 5 ; Toullier, VIII, n. 504 ; Colmet de Santerre, V, n. 310 *bis ;* Zachariæ, § 339, texte et note 17 ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 266, texte et note 21, et 5e édit., p. 438-439, texte et note 21 ; Larombière, VI, p. 345-347 (art. 1338, n. 37) ; Demolombe, XXIX, n. 770 et 771 ; Laurent, XVIII, n. 607, 621 et 633 ; Arntz, III, n. 370 *in fine;* Thiry, III, n. 148, p. 173 ; Huc, VIII, n. 274 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 714-715 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1354, et 2e édit., n. 1297. — Req., 27 mars 1812, S. chr., IV, 1. 67. — Req., 5 déc. 1826, S. chr., VIII, 1. 473, et D., *Répert. alph.*, v° *Assurances terrestres,* n. 290. — Req., 24 janv. 1833, S., 33. 1. 209, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4521. — Grenoble, 8 mai 1835, S., 35. 2. 554, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 4634-1°. — Req., 12 juil. 1837, S., 37. 1. 964, D., *Répert.*, *alph.*, v° *Oblig.*, n. 4520-2°. — Caen, 27 mai 1843, S., 43. 2. 575. — Agen, 28 mai 1850, S., 51. 2. 177, D. P., 51. 2. 8. — Civ. cass., 19 déc. 1853, S., 54. 1. 686. — Civ. rej., 28 fév. 1855, S., 55. 1. 785, D. P., 55. 1. 81. — Civ. cass., 29 juil. 1856, S., 57. 1. 824. — Lyon, 6 août 1857, S., 58. 2. 485. — Civ. cass., 25 nov. 1857, S., 58. 1. 209, D. P., 57. 1. 425. — Pau, 5 fév. 1866, S., 66. 2. 194. — Civ. cass., 26 nov. 1866, S., 67. 1. 18, D. P., 66. 1. 469. — Lyon, 8 fév. 1867, S., 67. 2. 143, D. P., 67. 2. 154. — Civ. rej., 18 juin 1867, S., 67. 1. 297, D. P., 67. 1. 274. — Toulouse, 1er avril 1868, S., 68. 2. 205, D. P., 68. 2. 119. — Paris, 27 fév. 1869, D. P., 69. 2. 169. — Req., 9 juil. 1873, D. P., 74. 1. 219. — Civ. cass., 2 fév. 1881, D. P., 81. 1. 481 ; 9 janv. 1884, S., 84. 1. 375, D. P., 84. 1. 431 ; 29 fév. 1888, S., 88. 1. 453, D. P., 88. 1. 224 ; 5 mars 1889, S., 90. 1. 12, D. P., 89. 1. 343. — Req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 240, D. P., 94. 1. 398 ; 28 janv. 1896, D. P., 97. 1. 27. — Civ. rej., 8 déc. 1897, S., 98. 1. 342. — Req., 7 fév. 1899, S., 99. 1. 224, D. P., 99. 1. 278 ; 21 fév. 1899, D. P., 99. 1. 512. — Besançon, 6 fév. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 700. — Trib. civ. Seine, 21 fév. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 428 ; 18 juin 1901, *Droit* du 26 octobre 1901. — Montpellier, 14 nov. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 674.

notamment lorsqu'elle n'a lieu que pour échapper aux poursuites exercées par le créancier. Dans ce cas, en effet, il résulte des circonstances que le débiteur n'a agi ni avec l'intention de confirmer l'obligation, ni même librement [1].

De même, lorsqu'un acheteur, dont le consentement a été vicié par le dol, a souscrit un billet à ordre pour s'acquitter envers le vendeur et qu'il paie ensuite à un tiers porteur de bonne foi, ce paiement n'emporte pas confirmation. Nonobstant l'annulabilité de la vente, en effet, il est forcé, la jurisprudence décidant en général que l'exception fondée sur le dol n'est pas opposable au tiers porteur de bonne foi [2].

2° Lorsqu'elle est accompagnée de protestations et de réserves. Alors, en effet, il est démontré que le débiteur n'a pas entendu confirmer [3]. Cependant il en est autrement si les faits d'exécution sont tels qu'ils supposent nécessairement la volonté de procéder à la confirmation, car, dans cette hypothèse, les protestations et réserves sont inopérantes comme étant en contradiction avec les faits [4].

2006. La cour de cassation a plusieurs fois déclaré que le point de savoir si la partie qui avait le droit de demander la nullité ou la rescision a exécuté l'acte volontairement et avec l'intention de le confirmer, est une question de fait qui est appréciée souverainement par les juges du fond. La chambre des requêtes dit, par exemple, dans son arrêt du 14 mars 1842 : « Attendu, en droit, que, pour que l'exécution puisse donner naissance à une fin de non recevoir contre la demande en nullité de l'acte, il faut que cette exécution ait été volontaire; — Attendu que la volonté ne peut être manifestée que par des faits, et que les juges de la cause sont seuls compétents pour

(1) Toullier, VIII, n. 512; Duranton, XIII, n. 282; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 269, et 5e édit., p. 443; Larombière, VI, p. 348-349 (art. 1338, n. 41); Demolombe, XXIX, n. 777; Laurent, XVIII, n. 623; Huc, VIII, n. 273, p. 343. — Req., 19 janv. 1830, S. chr., IX, 1. 431, D., *Rép. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 267-1°. — Disposition contraire dans le C. civ. japon., art. 125-6°.

(2) Bufnoir, *op. cit.*, p. 715; Laurent, XVIII, n. 637.

(3) Huc, VIII, n. 275, al. 2, p. 344; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 442, note 25 *quinquies*. — Civ. cass., 18 janv. 1870, S., 70. 1. 145, D. P., 70. 1. 127.

(4) Laurent, Huc, Aubry et Rau, *loc. cit.* — Civ. cass., 28 juillet 1829, S. chr., IX, 1, 338, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4528. — Cpr. Req., 6 juin 1894, D. P., 94. 1. 524.

les apprécier » (1). Et la chambre civile, dans sa décision du 16 juin 1869 : « Attendu... que cet arrêt (l'arrêt attaqué) déclare souverainement et en fait que B... a volontairement et en connaissance de cause exécuté cet acte » (2).

Mais, d'autre part, cette dernière chambre a posé ce principe : « Attendu que, suivant les art. 1338 et 1340 C. civ., l'exécution volontaire tenant lieu de confirmation ou ratification expresse et ayant les mêmes effets, le caractère légal des faits constitutifs de ladite exécution présente des questions de droit qui rentrent dans les attributions de la cour de cassation » (3). Dans un autre arrêt du 29 février 1888, la même chambre s'exprime ainsi : « Attendu que les conditions nécessaires pour la validité de la ratification d'un acte contre lequel la loi admet l'action en nullité ou en rescision sont rigoureusement déterminées par l'art. 1338 C. civ., et qu'il appartient, dès lors, à la cour de cassation de contrôler et de réviser au point de vue juridique l'appréciation faite par la cour d'appel des faits et actes présentés comme renfermant les conditions légales exigées pour la ratification d'un acte nul ou rescindable; qu'il suit de là que l'arrêt qui déclare que la ratification d'un pareil acte a eu lieu, doit mettre la cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, en précisant les faits et les documents desquels il la fait résulter, sans quoi sa décision manque de base légale » (4).

(1) Req., 14 mars 1842, S., 42. 1. 665, D., *Répert. alph.*, v° *Effets de commerce*, n. 491 — *Adde* Req., 22 fév. 1827, S., chr. VIII, 1. 533, D., *op. cit.*, v° *Cassation*, n. 1721; 23 nov. 1841, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4549; 22 déc. 1842, S., 43. 1. 141; 6 juin 1860, S., 60. 1. 593, D. P., 60. 1. 339; 9 juil. 1873, D. P., 74. 1. 219; 4 avril 1876, D. P., 76. 1. 380.

(2) Civ. rej., 16 juin 1869, S., 70. 1. 163, D. P., 69. 1. 478. — V. aussi Civ. rej., 23 fév. 1855, S., 55. 1. 785, D. P., 55. 1. 81.

(3) Civ. cass., 8 janv. 1838, S., 38. 1. 646, D., *Répert. alph.*, v° *Cassation*, n. 1719.

(4) Civ. cass., 29 fév. 1888, S., 88. 1. 453, D. P., 88. 1. 224. — V. dans le même sens Laurent, XVIII, n. 618; Huc, VIII, n. 275; Crépon, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, III, n. 1100-1109; Aubry et Rau, 5e édit., IV, p. 444, n. 32 *bis*. — Civ. rej., 31 janv. 1844, S., 44. 1. 368, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4594 2°. — Civ. cass., 25 nov. 1857, S., 58. 1. 209, D. P., 57. 1. 425; 28 nov. 1866, S., 67. 1. 18, D. P., 66. 1. 469; 18 janvier 1870, S., 70. 1. 145, D. P., 70. 1. 127; 7 nov. 1877, S., 78. 1. 62, D. P., 78. 1. 169. — Nous croyons devoir reproduire ce passage d'un arrêt de la Ch. civ. du 29 juil. 1856 : « Attendu que, après avoir reconnu, en droit, qu'une telle exécution n'emporterait contre les

Ajoutons que, sur ce point, la chambre des requêtes s'est rangée à l'opinion de la chambre civile (1).

Il n'est pas douteux, en effet, que la détermination des caractères légaux et des conditions que doit réunir l'acte confirmatif est une matière juridique, essentiellement distincte de la constatation des faits, et que, pour se prononcer à son sujet, il faut se placer au point de vue abstrait. Elle rentre, par conséquent, dans l'examen de la cour suprême (2).

2007. *c.* La troisième condition a trait à l'*époque à partir de laquelle la confirmation est susceptible de se produire valablement*. En principe, celle-ci peut avoir lieu tout de suite après l'accomplissement de l'acte annulable ou rescindable. Mais il en est autrement quand l'état de choses d'où procède le vice est de nature à se prolonger pendant un certain temps. Alors la confirmation n'intervient utilement que lorsque cet état de choses a cessé ; faite auparavant, elle se trouverait entachée du même vice que l'obligation elle-même. Arg. art. 1304. C'est en ce sens que l'art. 1338, al. 2, dit implicitement qu'il y a une époque avant laquelle l'obligation ne peut « être valablement confirmée ou ratifiée » (3).

2008. Ainsi la nullité résultant de la violence ne peut être effacée par une confirmation qu'après la cessation de la violence. Celle qui a pour cause l'erreur ou le dol, qu'après qu'ils ont été découverts. Art. 1115 et arg. de cet article. Arg. art. 1338, al. 2, cbn. 1304. Arg. art. 892 (4).

demandeurs une renonciation à leurs moyens de nullité qu'autant qu'ils auraient connu alors les vices dont la donation était entachée, l'arrêt attaqué les déclara néanmoins recevables dans leur action en nullité, sans constater qu'au moment du partage ils eussent connaissance des vices de la donation, et en se bornant à énoncer *qu'ils les ont connus ou dû connaître, qu'ils ont pu et dû les vérifier ou qu'il a dépendu d'eux d'en avoir connaissance*. D'où il suit qu'en jugeant ainsi, il a formellement violé les dispositions ci-dessus visées ». — Civ. cass., 29 juil. 1856, S., 57. 1. 824, D. P., 56. 1. 292.

(1) Req., 16 janv. 1882, S., 82. 1. 199, D. P., 82. 1. 412. — Cpr. req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 240, D. P., 94. 1. 398.

(2) Labbé, note sous l'arrêt précité du 18 janv. 1870, S., 70. 1. 146, col. 3 *in fine*.

(3) Toullier, VIII, n. 504 et 505 ; Colmet de Santerre, V, n. 309 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 265, et 5e édit., p. 436-437 ; Larombière, VI, p. 318 s. (art. 1338, n. 15 s.) ; Demolombe, XXIX, n. 754 ; Laurent, XVIII, n. 609 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 709. — V. C. civ. japon., art. 124, al. 1er.

(4) Toullier, VIII, n. 505 ; Duranton, XIII, n. 277 ; Colmet de Santerre, V,

La convention entachée de lésion, par exemple la vente rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, peut être confirmée immédiatement, pourvu que ce soit en connaissance de cause. Cependant, selon certains auteurs, la confirmation est impossible tant que la lésion subsiste, celle-ci étant le vice dont l'acte est entaché. En effet, disent-ils, si la confirmation avait lieu, elle serait infectée du même vice que l'acte confirmé. Or, font-ils remarquer, il s'ensuit qu'en matière de rescision pour lésion, il ne peut pas être question de confirmation. C'est qu'en effet, si la lésion subsiste, la confirmation est impossible, puisque le vice n'a pas disparu, et, si la lésion a été réparée, la confirmation est devenue inutile. Mais on oppose à ce raisonnement deux arguments de texte décisifs : d'abord l'art. 1311 suppose qu'on peut confirmer un acte entaché de lésion et même qu'il n'est pas nécessaire pour cela d'attendre que la lésion ait cessé. De plus, c'est seulement « dans le contrat » que l'art. 1674 interdit de renoncer à la faculté de demander la rescision de l'obligation infectée de lésion. La confirmation peut donc être faite dès que le contrat est formé ([1]).

2009. Si un acte est annulable ou rescindable pour cause d'incapacité, l'incapable ne peut le confirmer lui-même que lorsqu'il a acquis ou recouvré la capacité légale. Art. 1311.

Un mineur ne saurait donc, avant sa majorité, confirmer seul l'obligation par lui contractée. Et même tout traité qui intervendrait entre le ci-devant pupille et son ancien tuteur sans l'accomplissement des conditions exigées par l'art. 472, ne peut être confirmé qu'après l'accomplissement de ces conditions. Sans quoi la confirmation elle-même serait viciée par l'incapacité, qui, dans les rapports de l'ex-tuteur et de l'ex-pupille, subsiste après la majorité ([2]).

n. 309 *bis* II ; Larombière, VI, p. 318 (art. 1338, n. 16, al. 2) ; Demolombe, XXIX, n. 756 ; Laurent, *loc. cit.* ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 708.

([1]) Toullier, *loc. cit.* ; Larombière, VI, p. 336 (art. 1338, n. 26) ; Demolombe, XVII, n. 477, et XXIX, n. 757 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 711-713 (discussion approfondie).

([2]) Duranton, XIII, n. 282 ; Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 494, texte et note 34, et 5e édit., p. 762, texte et note 34, et IV, 4e édit., p. 265, et 5e édit., p. 437 ; Larombière, VI, p. 333 (art. 1338, n. 24) ; Demolombe, VIII, n. 95, et XXIX, n. 758 ; Laurent, V, n. 165, et XVIII, n. 611 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, I,

Par application du même principe le mineur émancipé ne saurait, tant qu'il n'est pas devenu majeur, confirmer seul un acte qu'il a fait sans l'assistance de son curateur, alors que cette assistance était nécessaire (1).

Nous en dirons autant de la personne pourvue d'un conseil judiciaire : les obligations qu'elle a contractées sans le concours de ce conseil et qui sont annulables ou rescindables, ne peuvent être confirmées par elle, du moins par elle seule, qu'après le jugement donnant mainlevée de son incapacité (2).

Dans ces divers cas, d'ailleurs, l'acte pourrait être confirmé si les conditions qui étaient exigées pour sa validité se trouvaient réalisées pendant l'incapacité. S'il s'agit, par exemple, d'un paiement reçu par un mineur en tutelle, il pourra être confirmé par le tuteur, puisque celui-ci aurait pu le recevoir valablement (3).

Le vice résultant de la dotalité d'un immeuble aliéné ne peut être réparé que lorsque la dotalité a cessé. Mais ce principe ne fait pas obstacle à ce que la femme ratifie par testament l'aliénation indûment faite de son immeuble dotal, car une volonté testamentaire ne produit d'effet qu'au moment de la mort du testateur, et cet événement a mis fin à la dotalité (4).

8e édit., suivant l'ordre du Code, n. 1307, al. 3, et 8e édit., conforme au programme des Facultés de droit, n. 1133, al. 3; Huc, III, n. 459, p. 440. — Grenoble, 31 août 1819, D., *Répert. alph.*, v° *Minorité*, n. 661-2° et 654. — Paris, 2 août 1821, S. chr., VI, 2. 459, D., *op.* et v° *cit.*, n. 661-4° et 644-4°. — Lyon, 31 déc. 1832, S., 33. 2. 173, et D., *op.* et v° *cit.*, n. 661-1°. — Grenoble, 15 nov. 1837, S., 38. 2. 180. D., *op.* et v° *cit.*, n. 661-3°. — Civ. cass., 5 juin 1850, S., 50. 1. 714, D. P., 50. 1. 186. — Civ. cass., 21 janv. 1889, S., 91. 1. 76, D. P., 89. 1. 421. — Cpr. Req., 29 janv. 1894, S., 95. 1. 19, D. P., 94. 1. 380. — V. cependant en sens contraire : Limoges, 8 mai 1835, joint à Req., 27 avril 1836, S., 36. 1. 946. — L'arrêt précité de Grenoble, du 15 nov. 1837, s'exprime ainsi : « Attendu que l'art. précité (art. 472) fait exception à la règle établie par l'art. 1338 du même code; que si le mineur devenu majeur pouvait valablement ratifier d'une manière expresse ou tacite le traité qu'il aurait fait avec son tuteur, relativement à son administration, avant la reddition du compte tutélaire, les intérêts des mineurs ne seraient pas réellement protégés, et la prohibition de l'art. 472 serait illusoire ».

(1) Laurent, XVIII, n. 610, al. 2. — Rennes, 23 nov. 1846, D., *Répert. alph.*, v° *Obligations*, n. 4481.

(2) Demolombe, XXIX, n. 759.

(3) Cpr. Req., 6 juin 1860, S., 60. 1. 593, D. P., 60. 1. 339.

(4) Caen, 26 janv. 1888, S., 89. 2. 171, D. P., 88. 2. 299.

D. *Preuve de la confirmation.*

2010. Cette preuve est soumise aux règles ordinaires.

D'abord la *charge de la preuve* incombe au créancier ou, d'une manière générale, à celui qui se prévaut d'une confirmation soit expresse, soit tacite. L'obligé, demandeur en nullité ou simple défendeur, peu importe, a fait toute sa preuve quand il a établi l'existence du vice qui infirme son obligation. C'est désormais au créancier, qui veut changer cette situation acquise, de prouver qu'il y a eu confirmation et une confirmation remplissant toutes les conditions prescrites (1).

Il en est notamment ainsi lorsqu'on prétend faire résulter la confirmation de l'exécution de l'obligation (2).

2011. Cette solution doit-elle être maintenue quand le défendeur allègue une erreur de droit : le créancier, nous le supposons, a établi que le débiteur connaissait le vice dont l'obligation était entachée et qu'il a librement exécuté celle-ci. Mais le débiteur répond qu'il ignorait les conséquences juridiques de ce vice, notamment l'action en nullité ou en rescision. La plupart des auteurs décident que c'est au débiteur de prouver cette erreur, et, par conséquent, ils écartent ici l'application du principe général. La raison qu'ils invoquent, c'est que nul n'est censé ignorer la loi. Mais, comme le fait observer M. Laurent, cette maxime n'est pas applicable aux relations d'intérêt privé, car, en ce qui les concerne, la nécessité sociale, qui est le fondement de cette maxime, n'existe pas (3).

(1) Le créancier devra donc établir et que le débiteur a eu connaissance du vice inhérent à l'obligation et que le débiteur a eu l'intention de réparer ce vice. — Marcadé, V, sur l'art. 1338, IV ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 267, texte et note 22, et 5e édit., p. 439-440, texte et note 22 ; Larombière, p. 343-344 (art. 1338, n. 37) ; Demolombe, XXIX, n. 766.

(2) Marcadé, Aubry et Rau et Larombière, *loc. cit.*, Demolombe, XXIX, n. 772 ; Laurent, XVIII, n. 651 ; Huc, VIII, n. 275 *in fine*. — Alger, 27 juin 1855, S., 56. 2. 164, D. P., 56. 2. 275. — Besançon, 27 nov. 1862, D. P., 62. 2. 214. — Toulouse, 1er avril 1868, S., 68. 2. 205, D. P., 68. 2. 119. — V. aussi Civ. cass., 29 juil. 1856, S., 57. 1. 824, D. P., 56. 1. 292, et, sur cassation, Lyon, 6 août 1857, S., 58. 2. 485. — *Contra* Toullier, VIII, n. 519 ; Merlin, *Questions*, v° *Ratification*, § 5, n. 5 (ce dernier auteur s'était d'abord prononcé en sens contraire. — V. *Répert.*, v° *Ratification*, n. 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n. 3).

(3) Laurent, XVIII, n. 652, et XV, n. 507. — V. en sens contraire Aubry et

2012. Quant au *mode de preuve,* la confirmation expresse ou tacite demeure soumise aux règles du droit commun. Ainsi la rédaction d'un écrit n'est pas nécessaire; la confirmation pourrait toujours être établie par l'aveu ou le serment; elle pourrait l'être aussi par témoins ou par simples présomptions, lorsque le montant du litige ne dépasse pas 150 fr., et même au-dessus de cette somme s'il existe un commencement de preuve par écrit ou si l'on se trouve dans une des hypothèses prévues par l'art. 1348.

On ne sort du droit commun que lorsque les parties dressent un acte instrumentaire. La loi, en effet, subordonne sa force probante à certaines conditions de forme exceptionnelles, qui sont énumérées par l'art. 1338, al. 1. « *L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée* ». Ainsi l'écrit rédigé pour constater la confirmation doit exprimer : — 1° *la substance de l'obligation à confirmer,* ce qui ne signifie point qu'on doive reproduire la teneur même de l'acte vicié, mais bien qu'il faut donner des indications assez précises pour individualiser l'obligation à confirmer et pour la distinguer de toute autre [1]; — 2° *la mention du motif de l'action en nullité ou en rescision.* On doit entendre par là l'indication du vice qui lui a donné naissance. Si l'obligation confirmée était entachée de plusieurs vices, et qu'un seul fût mentionné dans l'acte, il n'y aurait que celui-là d'effacé. Un mineur, par exemple, fait un partage sans observer les formalités légales, et il est en outre lésé de plus du quart; il aura dans ce cas une action en nullité fondée sur le vice de forme et une action en rescision pour cause de lésion. Si,

Rau, IV, 4e édit., p. 267, note 23, et 5e édit., p. 440, note 23; Larombière, VI, p. 347 et 348 (art. 1338, n. 38).

[1] Colmet de Santerre, V, n. 309 *bis*-III, n. 2; Larombière, VI, p. 237 (art. 1338, n. 28, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 763; Laurent, XVIII, n. 614; Huc, VIII, n. 272 *in fine,* p. 342; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 441, note 25 *bis;* Planiol, II, 1re édit., n. 1353, et 2e édit., n. 1297.

dans l'acte confirmatif, il n'était question que du vice de forme, l'ex-mineur conserverait la faculté d'invoquer la lésion pour faire rescinder son engagement[1] ; 3° — l'*intention de réparer le vice sur lequel est fondée l'action en nullité ou en rescision*. Cette troisième mention est particulièrement importante ; elle est relative, en effet, à ce qui constitue l'essence même de la confirmation, car celle-ci n'est pas autre chose que la volonté de renoncer au droit de faire annuler ou rescinder l'acte vicié [2].

Ces trois conditions sont exigées pour la validité de l'écrit seulement, et, par conséquent, leur omission ne peut avoir aucune influence sur la validité de la confirmation elle-même. Il n'y aura pas de preuve littérale sans doute ; mais la confirmation pourra être prouvée de toute autre manière. Bien plus, l'acte confirmatif irrégulier, impuissant à faire preuve complète, n'est pas radicalement nul, et il servira à l'occasion de commencement de preuve par écrit à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale et à celle par simples présomptions [3].

Lorsque les parties constatent la confirmation au moyen d'un acte instrumentaire et que celui-ci renferme les trois mentions indiquées plus haut, il vaut comme preuve littérale, alors même qu'il a été dressé sous signature privée. La loi, en effet, n'exige pas un écrit authentique, mais simplement un écrit [4].

(1) Colmet de Santerre, V, n. 309 *bis*, III, n. 2 ; Larombière, VI, p. 336-337 (art. 1338, n. 28) ; Demolombe, XXIX, n. 764 ; Laurent, XVIII, n. 615 ; Huc, VIII, n. 272. — Limoges, 13 déc. 1847, D., *Rép. alph.*, v° *Obligations*, n. 4506-2°.

(2) Demolombe, XXIX, n. 765 ; Laurent, XVIII, n. 617.

(3) Toullier, VIII, n. 499 ; Duranton, XIII, n. 276 ; Colmet de Santerre, V, n. 309 *bis*-IV ; Mourlon, II, n. 1595 ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 268, et 5e édit., p. 441 ; Larombière, VI, p. 339-340 (art. 1338, n. 31 et 32 ; Demolombe, XXIX, n. 764 *bis*; Laurent, XVIII, n. 613 et 619 ; Huc, VIII, n. 272, p. 341, et n. 273 *in fine*, p. 342 *in fine* ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 713-714 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1353, al. 2, et 2e édit., n. 1297, al. 2. — Cpr. Req., 21 avril 1875 (lettre considérée par les juges du fond comme une présomption qui, jointe à l'ensemble des circonstances de la cause, était de nature à établir la confirmation), D. P., 75. 1. 488.

(4) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 267, et 5e édit., p. 440 ; Demolombe, XXIX, n. 767 ; Huc, VIII, n. 272 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1353, al. 3, et 2e édit., n. 1297, al. 3. — Cpr. Req., 17 août 1853 (confirmation exprimée dans des lettres missives), S., 55. 1. 811, D. P., 54. 1. 389.

Rappelons qu'en pareil cas il n'est pas besoin que l'acte sous signature privée soit rédigé en double original [1].

E. *Effets de la confirmation.*

2013. « *La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers* ». Ainsi s'exprime, sur les effets de la confirmation, l'art. 1338, al. 3. On voit que ces effets ne sont pas les mêmes, suivant qu'on les envisage dans les rapports des parties contractantes ou à l'égard des tiers.

N° 1. **Effets entre les parties.**

2014. Entre les parties, l'effet de la confirmation est de rendre l'acte qui renfermait une cause de nullité ou de rescision, tout aussi inattaquable que s'il n'avait jamais été entaché d'aucun vice. Mais ce n'est pas une raison pour attribuer à la confirmation, comme le font presque tous les auteurs [2], un effet rétroactif. Dès l'origine, l'acte dont il s'agit produisait toutes les conséquences d'un acte valable; la situation sera seulement changée en ce que ces conséquences seront désormais irrévocables. Rien dans tout cela n'oblige à faire intervenir l'idée de rétroactivité [3].

N° 2. **Effets à l'égard des tiers.**

2015. La confirmation produit son effet « *sans préjudice néanmoins du droit des tiers* », dit l'art. 1338. Que faut-il entendre ici par *tiers ?* On doit attribuer à cette expression exactement la même valeur que dans l'art. 1328, relatif à la

[1] V. *supra*, n. 1986.

[2] Toullier, VIII, n. 513-514; Duranton, XIII, n. 287-289; Marcadé, V, sur l'art. 1338, V; Zachariæ, § 339, texte et note 25; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 269 *in fine*, et 5e édit., p. 446; Larombière, VI, p. 357 (art. 1338, n. 49); Demolombe, XXIX, n. 785; Laurent, XVIII, n. 653; Arntz, III, n. 373; Thiry, III, n. 150; Bufnoir, *op. cit.*, p. 705.

[3] Planiol, II, 1re édit., n. 1356, al. 2, et 2e édit., n. 1300, al. 2. — Cpr. Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, 8e édit., suivant l'ordre du Code civil, n. 1249, et 8e édit., conforme au programme des Facultés de droit, n. 568.

date certaine. Les tiers sont donc tous les *ayants cause à titre particulier* de celui de qui émane la confirmation, tous ceux auxquels il a concédé antérieurement à la confirmation un droit réel sur la chose objet du contrat, droit qui serait anéanti ou seulément diminué, si la confirmation leur était opposable (1).

Mais il importe de bien comprendre la règle que la confirmation ne saurait préjudicier aux droits des tiers. Mourlon la traduit d'une façon très juste : « Celle des parties qui a le droit de faire annuler le contrat, dit-il, peut, soit expressément, soit tacitement, céder à un tiers son action en nullité. Lorsqu'elle l'a cédée, elle ne peut plus y renoncer, car ce serait disposer du droit d'autrui. En d'autres termes, *la personne qui a cédé son action en nullité, c'est-à-dire le droit de reprendre sa chose, en faisant annuler le contrat qu'elle a fait, ne peut point, par une ratification postérieure, dépouiller son cessionnaire du droit qu'elle lui a transmis* » (2). C'est bien là, en effet, l'idée générale, celle qui domine toute la matière.

2016. Ainsi un mineur a vendu un immeuble sans observer les formalités prescrites : cette vente est nulle ; devenu majeur, il revend le même immeuble à un autre, et puis il confirme la première vente. Cette confirmation n'aura aucun effet contre le second acquéreur, qui restera propriétaire de l'immeuble. L'ex-mineur, en consentant la seconde vente, a virtuellement cédé au nouvel acheteur tous les droits et actions qui pouvaient permettre à ce dernier de conserver ou de recouvrer la propriété de l'immeuble à lui vendue. Il lui a donc cédé notamment l'action en nullité ou en rescision. D'ailleurs, si, dans le nouveau contrat, le vendeur se réservait cette action et, par conséquent, le droit de confirmer, il se réserverait par là même le droit d'évincer le second acquéreur, ce qui est inadmissible puisqu'il s'oblige à le garantir de toute éviction (3).

(1) Larombière, IV, p. 364-365 (art. 1338, n. 55) ; Demolombe, XXIX, n. 787 ; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 446, note 34 *ter*. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 657.

(2) Mourlon, II, n. 1594, al. 4.

(3) Dans ce sens, voir surtout Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 270, note 35, et 5e

Le raisonnement est le même si, après avoir, pendant sa minorité, vendu un immeuble sans les formalités requises par la loi, une personne constitue sur cet immeuble, après sa majorité, une hypothèque ou une servitude, car, par ce second acte, elle renonce implicitement au droit de confirmer le premier [1].

2017. Une difficulté analogue se présente dans le cas où il s'agit de deux constitutions successives d'hypothèques. Mais elle donne lieu à une très vive controverse, et nous reconnaissons que la question est vraiment fort délicate. Précisons l'espèce : *Primus,* pendant sa minorité, constitue une hypothèque au profit de *Secundus.* Puis, devenu majeur et après que cette hypothèque a été inscrite, il en constitue une autre, sur le même immeuble, au profit de *Tertius,* qui, lui aussi, remplit la formalité de l'inscription. Après quoi, *Primus* confirme la première hypothèque. Cette confirmation produira-t-elle son effet contre *Tertius,* second créancier hypothécaire, et, par conséquent, celui-ci perdra-t-il l'avantage de la priorité du rang ?

Une première opinion soutient que la confirmation est toujours opposable au second créancier hypothécaire. Sans doute l'art. 1338 porte que la confirmation ne saurait préjudicier aux droits des tiers, mais il faut envisager ces droits tels que les tiers les ont acquis. Dans notre cas, *Tertius* ne saurait prétendre que, si la confirmation peut lui être opposée, son droit subira une atteinte, car ce droit, tel qu'il l'a acquis, c'est une hypothèque de second rang, et la confirmation aura seulement pour résultat de rendre sa situation définitive. Il ne pouvait pas ignorer l'existence de l'hypothèque de *Secundus ;* celle-ci lui a été révélée par l'inscription ; il devait s'attendre à la voir confirmer ; *Primus,* en constituant à son profit la seconde hypothèque, n'a point, par cela seul, renoncé au

édit., p. 447, note 35 : Demolombe, XXIX, n. 793 ; Laurent, XVIII, n. 658 ; Thiry, III, 150 — V. aussi Zachariæ, § 339, note 27 *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 311 *bis*-I ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 721. — Civ. cass., 16 janvier 1837, S., 37. 1. 102, *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 364-2°. — *Contra* Toullier. IV, p. 509 ; Duranton, XIII, n. 285 ; Troplong, *Vente*, I, n. 246.

[1] Colmet de Santerre, *loc. cit.*

droit de confirmer la première, car plusieurs hypothèques peuvent coexister sur le même immeuble (1).

Une opinion intermédiaire, qui était déjà celle de Basnage (2), est d'avis qu'il faut distinguer : si la créance que garantit la première hypothèque est annulable ou rescindable, la confirmation n'a pas d'effet contre le second créancier hypothécaire ; il en serait autrement si cette créance était valable (3).

Une autre opinion, qui, aujourd'hui, est le plus en faveur, prend le contrepied de la première ; elle estime que la confirmation ne peut jamais nuire au second créancier. En conférant à celui-ci une hypothèque, le débiteur a renoncé au droit de confirmer celle qu'il avait consentie au premier créancier ; il faut même dire qu'il a cédé à *Tertius* son action en nullité ou en rescision contre *Secundus*. On doit, en effet, supposer que, lorsqu'il a conféré la nouvelle hypothèque, il a entendu fournir une garantie sérieuse. Or, si la confirmation était opposable à *Tertius*, elle préjudicierait à son droit, car il perdrait l'action qui lui a été cédée par *Primus* et l'avantage de la priorité qu'il peut obtenir en exerçant cette action (4).

(1) Toullier, IV, n. 524, et VII, n. 565 ; Taulier, IV, p. 508 ; Valette sur Proudhon, II, p. 501 ; Troplong, *Des hypothèques*, n. 487-499 ; Pont, *Des privilèges et des hypothèques*, II, n. 616 ; Aubry et Rau, III, 4e édit., p. 269-270, texte et note 31, et 5e édit., p. 453, texte et note 31 ; Labbé, *Ratif. des actes d'un gérant d'affaires*, n. 74 ; Gillard, *Constit. de l'hypothèque conventionnelle*, n. 169. — Paris, 15 déc. 1830, S., 31. 2. 83, D., *Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1235.

(2) *Des hypothèques*, chap. VII.

(3) Delvincourt, II, p. 605 ; Duranton, XIII, n. 285, XIX, n. 344 s.

(4) Persil, *Régime hypothécaire*, I, sur l'art. 2124, n. 12 ; Grenier, *Tr. des hyp.*, n. 42 ; Battur, *Tr. des priv. et hyp.*, n. 160 ; Marcadé, V, sur l'art. 1338, V, al. 2 ; Teste, *Encycl. du dr.*, v° *Actes confirmatifs*, n. 22 ; de Fréminville, *De la minorité*, n. 926 ; Larombière, VI, p. 567-575 (art. 1338, n. 58) ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 486, § 586, notes 27 et 29 ; Martou, *Des priv. et hyp.*, III, n. 279 ; Demolombe, XXIX, n. 797-801 ; Laurent, XVIII, n. 664 ; Thézard, *Du nantiss., des priv. et hyp., etc...*, n. 56 ; Thiry, III, n. 150, p. 176, et IV, n. 498 ; Guillouard, *Tr. des priv. et hyp.*, II, n. 979 ; Huc, XIII, n. 209 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp., etc...*, II, n. 1335-1337 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 723-725 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1357, al. 2, et 2e édit., n. 1301, al. 2. — Nancy, 1er mai 1812, S. chr., IV, 2. 105, D., *Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1234. — Paris, 23 juill. 1838, S., 39. 2. 5 (Observations de M. Devilleneuve), D., *ibid.* — Montpellier, 6 janv. 1866, S., 66. 2. 280, D. P., 66. 2. 41. — Toulouse, 26 juin 1889, D. P., 91. 2. 65.

Enfin, une quatrième opinion enseigne qu'il s'agit ici plutôt d'une question de fait et d'intention que d'une question de droit. Il faudrait, en effet, rechercher, d'après les circonstances de fait, si, au moment où la seconde hypothèque a été constituée, le débiteur assurait le premier rang au nouveau créancier, en d'autres termes si ce dernier était autorisé à considérer le débiteur comme renonçant à son action en nullité. La plupart du temps, pense M. Colmet de Santerre, il sera facile d'interpréter sur ce point la volonté des parties; il suffira de voir si, au moment de la seconde constitution d'hypothèque, il était vraisemblable, vu la valeur de l'immeuble, que les deux créanciers fussent payés, car, en supposant l'affirmative, on s'explique très bien que le nouveau créancier n'ait pas exigé la renonciation au droit de confirmer la première hypothèque ([1]).

Commençons par rejeter la distinction proposée par Basnage. Elle est aujourd'hui, d'ailleurs, absolument abandonnée. Elle suppose qu'il y a corrélation entre la capacité de s'obliger et celle d'hypothéquer; c'est là une erreur ([2]). Au surplus, si l'on admet que, lorsque la créance garantie par la première hypothèque est valable, il en est de même de cette hypothèque, on supprime la difficulté. La question, en effet, ne s'élève que si la première hypothèque est annulable, car il est évident que, dans le cas contraire, on n'a pas à se demander si elle peut être confirmée à l'encontre des tiers ([3]).

En ce qui regarde les trois autres opinions, il est certainement permis d'hésiter entre elles. Il vaut mieux cependant, nous semble-t-il, se rallier à la troisième, c'est-à-dire à celle qui n'admet pas que la confirmation ait effet à l'encontre des tiers. On objecte que deux hypothèques peuvent coexister sur le même immeuble. Il est vrai; mais cela n'empêche pas que les deux créanciers puissent avoir intérêt à se disputer le premier rang. Le second créancier, dit-on, connaissait par

([1]) Colmet de Santerre, V, n. 311 *bis*-II ; Mourlon, II, n. 1594, al. 5, 6 et 7.

([2]) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1324.

([3]) Demolombe, XXIX, n. 797. — Basnage lui-même le reconnaissait, car il disait que, dans ce dernier cas, *la ratification n'est point nécessaire.*

l'inscription l'existence de la première hypothèque et devait, par conséquent, s'attendre à la confirmation. Mais nous répondons que, s'il devait prévoir celle-ci, les termes de l'art. 1338 l'autorisaient à penser qu'elle ne préjudicierait pas à ses droits. Le législateur veut protéger les droits acquis; or, dans notre cas, le second créancier a un droit acquis.

Pothier, qui estimait, au contraire, que la confirmation était toujours opposable au second créancier, invoquait l'argument suivant, qui est reproduit par tous ceux des auteurs modernes qui approuvent sa doctrine : la confirmation tacite qui résulterait de ce que le mineur, devenu majeur, aurait laissé passer dix ans sans attaquer la première constitution d'hypothèque, se produirait à l'égard du second créancier. La confirmation expresse doit avoir autant d'effet que la confirmation tacite ([1]). Nous considérons comme certain, nonobstant quelques dissentiments, que la prescription décennale valide le contrat aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. Mais, au point de vue de la question que nous examinons, peu importe ! Comme nous l'avons dit, le débiteur, en constituant la seconde hypothèque, a cédé au second créancier son action en nullité ou en rescision. Mais il ne peut pas lui avoir transmis un droit supérieur au sien. Son action était prescriptible par dix ans; il n'a donc pu céder qu'une action prescriptible par dix ans. Si le second créancier n'exerce pas cette action dans le délai légal, c'est par sa négligence qu'elle périra, et il est tout naturel qu'il en subisse les conséquences. Au contraire, quand le débiteur confirme expressément la première hypothèque, si le second créancier perdait l'action, il serait dépouillé par l'effet d'un acte auquel il a été étranger ([2]).

Enfin il ne convient pas d'adopter une solution qui laisse au débiteur le moyen de se faire payer par l'un ou par l'autre des deux créanciers, soit la confirmation, soit le refus de confirmer ([3]).

([1]) Pothier, *Introduction au titre XX de la cout. d'Orléans*, n. 24 (édit. Dupin, X, p. 828).

([2]) Demolombe, XXIX, n. 801.

([3]) Huc, XIII, n. 209 *in fine*, p. 260.

Quant à l'opinion de M. Colmet de Santerre, elle se trouve réfutée par ce qui précède. Evidemment, si, en vertu de la convention, le second créancier a droit au premier rang hypothécaire, la confirmation ne peut pas lui nuire à cet égard. Et, au contraire, s'il résulte de la convention qu'il a seulement droit au second rang, la confirmation, sans aucun doute, lui est opposable. Mais, dans ces deux cas, il n'y a pas de difficulté. La question ne s'élève qu'à défaut de convention sur ce point, et, par suite, c'est nécessairement une question de droit (1). D'ailleurs, contrairement à ce que prétend M. Colmet de Santerre, il ne sera pas toujours facile de découvrir la volonté des parties sur ce point. Il pourra être impossible de reconnaître quelle était, au moment où la seconde hypothèque a été constituée, par conséquent à une époque peut-être assez reculée, la valeur de l'immeuble, quelles étaient les chances de détérioration ou de dépréciation qui existaient quant à lui (2).

2018. La question serait d'ailleurs la même si la seconde hypothèque était, non pas conventionnelle, comme nous venons de le supposer, mais légale ou judiciaire. Quelle que soit sa source, l'hypothèque est un droit réel conféré sur un immeuble comme garantie d'une créance. Dira-t-on que, lorsque la seconde hypothèque résulte de la loi ou d'un jugement, le débiteur, étant demeuré étranger à sa création, n'a pas pu céder à son nouveau créancier l'action en nullité ou en rescision de la première constitution d'hypothèque ? Peu importe ! A cet égard, la loi ou le juge supplée le consentement du débiteur (3).

2019. On peut supposer aussi que l'acte fait pendant la minorité est une constitution d'hypothèque et que l'autre est une vente de l'immeuble hypothéqué. La solution doit être la même que dans le cas précédent, les raisons de décider étant les mêmes. Au surplus, nous ajouterons ici un argument spécial : pour confirmer une constitution d'hypothèque annu-

(1) Laurent, XVIII, n. 665 *in fine*.

(2) Demolombe, XXIX, n. 800, p. 691.

(3) Larombière, VI, p. 367 *in fine* et p. 368 (art. 1338, n. 58) ; Demolombe, XXIX, n. 802. — Douai, 18 mars 1840, S., 40. 2. 289.

lable ou rescindable, il faut avoir la même capacité que pour consentir une hypothèque, et, pour faire ce dernier acte, il faut être propriétaire de l'immeuble qu'on grève et avoir la capacité de l'aliéner. Arg. art. 2124, 2125 et 2129. Or, dans notre cas, ces deux conditions font défaut, puisque le ci-devant mineur a vendu l'immeuble. La confirmation ne saurait donc avoir lieu à l'encontre de l'acheteur [1].

Il nous suffira de reproduire ce raisonnement si l'on suppose que l'acte fait pendant l'incapacité est une constitution de servitude, et l'autre une vente du fonds servant [2]. Que si le premier acte est une constitution d'usufruit, il pourra se faire que la confirmation soit opposable à l'acquéreur de la nue propriété; mais cela provient de ce que, par le contrat même, cet acquéreur se sera engagé à respecter l'usufruit [3].

2020. Ainsi qu'il résulte des explications que nous venons de fournir, la réserve que la loi fait en faveur des tiers n'est pas seulement équitable; elle se justifie aussi par des raisons juridiques. Quand une personne concède un droit sur une chose dont elle a déjà disposé en tout ou en partie, mais qu'elle peut faire rentrer dans son patrimoine par l'exercice d'une action en nullité ou en rescision, elle renonce par là même, au profit du concessionnaire de ce droit, à la faculté qu'elle a de s'enlever par une confirmation le bénéfice de cette action. Car on ne peut pas supposer qu'elle ait voulu se réserver le moyen de faire tomber après coup le droit qu'elle transmettait en toute validité; ce serait lui imputer un dol.

Mais cette renonciation implicite au droit de confirmer n'est que relative; elle n'existe qu'au profit du tiers. La confirmation qui interviendrait serait donc valable, et elle produirait toutes les conséquences qu'elle peut produire sans porter atteinte aux droits acquis à des tiers.

2021. La confirmation est, au contraire, opposable aux personnes auxquelles des droits réels n'ont été conférés qu'à

(1) Demolombe, XXIX, n. 795; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1337 (1re édit., p. 398, et 2e édit., p. 433 *in fine*). — V. cep. Colmet de Santerre, V, n. 311 *bis*-III.

(2) Demolombe, XXIX, n. 796. — V. cep. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

(3) Demolombe, XXIX, n. 794. — Cpr. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

une date postérieure à la sienne, sur la chose qui était l'objet du contrat confirmé. Le débiteur, en effet, n'a pas pu leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Toutefois, par application du principe de l'art. 1328, il faut pour cela que l'acte de confirmation ait date certaine antérieure à leurs titres, car il est de nature à détruire ou à restreindre les droits par eux acquis ([1]).

Mais, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la transcription n'est jamais requise pour les actes de confirmation. Un acte n'est pas assujetti à cette formalité quand il ne contient pas translation d'un droit réel ou renonciation à un droit de cette nature. Or, la confirmation éteint simplement l'action en nullité ou en rescision ([2]).

2022. Nous connaissons maintenant les personnes qui, sous le nom de tiers, peuvent repousser les effets de la confirmation ; il nous est facile de dire quelles sont, au contraire, celles qui sont obligées de les subir, quelque préjudice qu'ils leur causent. Ce sont : 1° les *ayants cause à titre universel* de celui qui confirme, c'est-à-dire ses héritiers légitimes, ses successeurs irréguliers, ses légataires ou donataires universels ou à titre universel; représentant absolument leur auteur, ces diverses personnes sont substituées à toutes ses obligations; 2° ses *créanciers chirographaires,* car tous les actes émanés d'un débiteur sont opposables aux créanciers de cette catégorie ([3]), à moins qu'ils ne soient frauduleux. Art. 1167 ([4]).

2023. Le Code civil allemand, qui, cependant, d'une façon générale, se préoccupe, plus que le Code civil français, de sauvegarder l'intérêt des tiers, ne formule pas de réserve analogue à celle qui se trouve à la fin de l'art. 1338. Il admet

([1]) Larombière, VI, p. 366 (art. 1338, n. 57).

([2]) V. notre tome I, n. 390, et les autorités citées. — *Adde* Larombière, VI, p. 366 (art. 1338, n. 57); Bufnoir, *op. cit.*, p. 725.

([3]) Marcadé, V, sur l'art. 1338, V, *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 311 *bis*-IV; Mourlon, II, n. 1594, dern. al.; Larombière, VI, p. 364 *in fine* et 365 (art. 1338, n. 55, al 2); Demolombe, XXIX, n. 792; Laurent, XVIII, n. 659; Aubry et Rau, IV, 5e édit., p. 446, note 34 *ter;* Planiol, II, 1re édit., n. 1357 *in fine*, et 2e édit., n. 1301 *in fine*. — V. cependant en sens opposé, Duranton, XIX, n. 346.

([4]) Marcadé, Colmet de Santerre, Mourlon, Laurent et Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Req., 8 mars 1854, D. P., 54. 1. 191.

donc, semble-t-il, que la confirmation est opposable aux tiers, par exemple à un second acquéreur. Il est vrai que si la déclaration d'annulation peut, comme l'estiment certains auteurs, être tacite [1], on pourra dire que la seconde aliénation implique une déclaration de cette nature et que, par conséquent, il y a eu option de la part de celui qui avait le droit d'annuler ou de confirmer. Mais encore faudra-t-il pour cela que la seconde aliénation n'ait pas eu lieu à l'insu du premier acquéreur. Il est vrai aussi que, dans certains cas, le second acquéreur bénéficiera de protections spéciales : s'il s'agit d'immeuble et qu'il ait obtenu le premier l'inscription aux registres fonciers, il pourra invoquer le principe de légitimation consacré par l'art. 892. S'il s'agit de meubles, il pourra, en justifiant de sa bonne foi, repousser la revendication. Art. 932. Mais ce sont là des dispositions particulières, et la réserve générale de notre article 1338 est bien préférable au point de vue du crédit [2].

Toutefois, — pense M. Saleilles, — il n'est pas impossible que, dans le silence des textes, la conception française pénètre dans l'interprétation du Code civil allemand [3].

II. *De la prescription établie par l'art. 1304.*

2024. En ce qui concerne le temps pendant lequel l'annulation ou la rescision peut être demandée, la loi formule, dans l'art. 1304, al. 1, cette très importante disposition : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une* » *convention n'est pas limitée à un moindre temps par une* » *loi particulière, cette action dure dix ans* ».

Faisons sur ce texte quelques remarques préliminaires :

1° La loi organise ici une véritable *prescription,* une prescription libératoire. « La prescription, dit l'art. 2219, est un » moyen... de se libérer par un certain laps de temps, et sous » les conditions déterminées par la loi ». Or, l'extinction de l'action a bien ici pour effet de libérer « par un certain laps

(1) Rappelons que, dans le système du Code civil allemand, l'annulation s'opère par voie de déclaration privée. V. *supra*, n. 1935.

(2) Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 405-406.

(3) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 407-408.

de temps » celui contre qui l'action pouvait être intentée; elle le libère, suivant les expressions de M. Colmet de Santerre, de l'obligation de restituer le droit qui est né de l'acte annulable ou rescindable [1]. Il s'ensuit que la durée de l'action pourra être prolongée par des interruptions [2] ou par des suspensions de prescription. Cette doctrine a pour elle la tradition, représentée notamment par les auteurs dont le législateur de 1804 s'est directement inspiré. Après avoir dit que « les rescisions et restitutions doivent être demandées dans le temps prescrit par les lois », Domat ajoute : « Le temps de cette *prescription* commence de courir du jour que la cause de la rescision a cessé ». Et, un peu plus loin : « Ce temps de la *prescription* se compte à l'égard des héritiers qui demandent la restitution; en sorte qu'il faut joindre le temps qui avait couru contre la personne à qui ils succèdent avec celui qui a couru contre eux. Mais, *si l'héritier était mineur, son temps ne commmencerait d'être ajouté à celui du défunt que du jour de sa majorité,* car il serait relevé de cela même qu'il aurait manqué de demander la restitution pendant sa minorité » [3]. Pothier n'est pas moins explicite : « Les rescisions pour cause de minorité, dit-il, se *prescrivent* par le même temps de dix ans, *à compter depuis la majo-*

[1] Colmet de Santerre, V, n. 265-III, p. 483.

[2] Toutefois, en fait, à raison de la nature même du droit sur lequel porte la prescription de l'art. 1304, les interruptions seront très rares. D'abord, dans cette matière, il ne peut pas être question d'interrompre la prescription au moyen d'un commandement ou d'une saisie, car, précisément, puisque l'action n'a pas été encore exercée, celui qui peut demander la nullité ou la rescision est dépourvu de titre exécutoire. Quant à la citation en justice, du moins si elle est donnée devant un juge compétent (ce qui sera évidemment le cas le plus fréquent), elle constitue non pas simplement un acte interruptif, mais l'exercice même du droit, et, par conséquent, on n'a pas à se demander si la prescription peut courir de nouveau. Enfin, la reconnaissance faite par celui contre qui on prescrit a la même force qu'un jugement prononçant la nullité ou la rescision, il faut, par suite, y voir tout autre chose qu'un acte interruptif. Cependant il est une hypothèse dans laquelle la prescription de l'action en nullité ou en rescision serait véritablement interrompue. Nous voulons parler du cas où il y aurait assignation devant un tribunal incompétent. Alors, en effet, l'action ne serait pas exercée, mais le temps pendant lequel la prescription aurait couru cesserait de compter. Art. 2246. Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-III, p. 484.

[3] Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. IV, sect. I, n. 13, 14 et 15 (édit. Rémy, II, p. 272-273).

rité... Lorsqu'un héritier mineur succède à un majeur qui était dans le temps de la restitution contre quelque acte qu'il avait passé, *ce qui restait de ce temps au défunt ne courra point pendant la minorité de son héritier,* lequel aura, depuis sa majorité, le temps qui restait au défunt, pour se faire restituer du chef du défunt » (1). Telle est donc la tradition, et rien ne permet de supposer que le Code civil ne l'a pas suivie.

L'opinion, qui ne voit dans notre disposition que l'organisation d'une simple déchéance, fatalement attachée à l'expiration d'un délai préfix, sans suspension ni interruption possible, est presque universellement abandonnée (2).

(1) Pothier, *Procéd. civile*, partie V, art. II, § VI (édit. Dupin, IX, p. 328). — Sans doute on lisait dans l'ordonnance de 1510 « toutes rescisions... se prescriront par le laps de dix ans *continuels* ». Mais cette expression, comme l'expliquait Thévenot, signifiait simplement que, dans le calcul du délai de la prescription, il ne fallait retrancher ni les jours de fête, ni le temps d'absence ou de vacation, liv. II, tit. XXII, p. 373-374.

(2) Les difficultés que cette dernière solution est susceptible de faire naître en pratique suffiraient à montrer qu'elle n'a pas pu être admise par le législateur. Supposons qu'un mineur à qui appartient une action en nullité ou en rescision, meure, laissant pour héritier un autre mineur. Le délai de dix ans commencera-t-il à courir contre ce dernier? Les partisans de la théorie du délai préfix ne sauraient se prononcer pour l'affirmative : d'après le texte de l'art. 1304, dans lequel ils veulent qu'on se renferme, lorsque l'action est née au profit d'un mineur, le temps court seulement du jour de la majorité. Or, ce n'est pas de cette époque, mais bien du jour du décès que l'affirmative prétendrait le faire courir. On ne peut pas davantage, dans la théorie que nous repoussons, reporter le point de départ à l'époque où le mineur décédé serait devenu majeur, car ce serait considérer celui-ci comme vivant encore, et il ne serait point juridique d'admettre cette fiction quand elle n'est pas établie par un texte de loi. Que penser d'un système qui rend une pareille question insoluble? Il n'est pas contestable, d'ailleurs, que si la succession du mineur était recueillie par un majeur, la prescription commencerait immédiatement à courir contre cet héritier : voilà qui prouve bien qu'il ne s'agit pas ici d'un délai préfix. Quant aux objections formulées par le système contraire, ce sont les suivantes : L'art. 1304 ne parle pas de suspension. Il prévoit le cas où, dès sa naissance, l'action en nullité ou en rescision appartient à un mineur, et non pas celui où un mineur recueille une hérédité comprenant cette action. Le législateur n'a donc pas entendu suspendre la prescription décennale établie par cet article. Mais cet argument, déjà très suspect comme fondé sur le silence d'une disposition particulière, croule devant cette constatation que pas plus le troisième alinéa de l'art. 1304 que le deuxième n'a pour objet de se prononcer sur la question de la suspension, mais simplement de préciser le point de départ de la prescription. On oppose également l'art. 2264 dont voici les termes : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Mais, quoi qu'on dise, il ne résulte nullement de ce texte que les règles générales de

2° En soumettant à une prescription de dix années les actions en nullité ou en rescision des conventions, l'art. 1304 déroge aux règles du droit commun qui assignent aux actions en général une durée de trente années. Art. 2262.

On peut, d'ailleurs, regretter que, dans notre matière, le législateur n'ait pas abrégé davantage encore le délai de la prescription. D'une part, il importe, dans l'intérêt des tiers,

la prescription ne concernent pas les prescriptions établies dans d'autres titres du Code civil. La vraie signification de l'art. 2264, c'est que les dispositions générales figurant dans le titre de la prescription n'emportent pas abrogation des dispositions spéciales placées dans les titres propres à certaines matières. Ainsi, bien qu'en principe, aux termes de l'art. 2262, le délai de la prescription soit de trente ans, la disposition qui limite à dix ans la durée de l'action en nullité ou en rescision est maintenue. Mais telle est la seule portée de l'art. 2264, et, par suite, comme, en ce qui regarde soit la suspension, soit l'interruption, l'art. 1304 ne renferme pas de disposition spéciale, les règles générales demeurent applicables sur ces deux points à l'action en rescision ou en nullité. On ajoute qu'il rentre dans l'esprit du Code civil que les courtes prescriptions courent contre les mineurs, et on invoque dans ce sens, outre l'art. 2278, les art. 1663, 1676 et 1854, al. 2. Parmi ces textes, il en est un sur lequel on insiste particulièrement, l'art. 1676, ainsi conçu : « La demande (en rescision d'une vente immobilière pour lésion de plus des sept douzièmes) n'est plus recevable après l'expiration du délai de deux années, à compter du jour de la vente. Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat ». Et on conclut que la prescription de l'art. 1304, figurant dans cette catégorie, n'est pas susceptible d'être suspendue. La réponse est aussi facile que décisive : La prescription dont il s'agit n'est pas une courte prescription. Dans notre ancien droit, en effet, on ne considérait comme telles que les prescriptions coutumières ou statutaires, c'est-à-dire celles établies par des coutumes particulières ou par des statuts locaux. Les autres prescriptions, celles qu'avaient créées le droit romain ou les ordonnances générales du royaume, et qu'on appelait prescriptions de droit civil, étaient des prescriptions de longue durée. Or, au nombre de ces dernières, se trouvait la prescription décennale applicable à l'action en rescision des conventions. On objecte encore le motif même de la disposition de l'art. 1304, qui est d'assurer la stabilité des contrats et de la propriété : si la suspension était possible, l'incertitude que la loi a voulu voir cesser dans un bref délai pourrait durer un temps considérable. En supposant que plusieurs mineurs se succèdent, elle pourrait se prolonger indéfiniment. Cette possibilité n'est pas compatible avec le but poursuivi par le législateur. Mais cette conclusion est inexacte. Les éventualités de suspension ne font point disparaître l'utilité de l'art. 1304. D'abord, la prescription dont nous parlons, par cela même qu'elle est de dix ans, sera beaucoup plus rarement suspendue que la prescription de trente ans. De plus, si l'on suppose la même suspension s'appliquant simultanément à la prescription décennale et à la prescription trentenaire, cela n'empêche pas qu'en fin de compte le délai de la première expirera plus tôt que celui de la seconde. Ainsi, dans l'art. 1304, tout en maintenant la possibilité

que le droit de celui qui est exposé à l'action en nullité ou en rescision soit consolidé le plus tôt possible, et, d'autre part, il n'était pas nécessaire que le silence de celui qui peut agir durât dix ans pour qu'on fût autorisé à l'interpréter dans le sens d'une confirmation tacite. Aussi les codes civils étrangers sont-ils allés dans cette voie plus loin que notre législation [1].

de la suspension, le législateur a certainement abrégé le délai de la prescription. Or, c'était ce qu'il se proposait. Nous pouvons ajouter qu'au surplus, relativement à la prescription de dix ans, la suspension conserve toute sa raison d'être. Elle a, en effet, pour but d'empêcher que le mineur ou l'interdit soit victime de la négligence de son tuteur, que l'un des conjoints ne soit pas dépouillé par l'autre. Ces abus ne sont-ils pas autant à redouter, qu'il s'agisse de prescription décennale ou d'une prescription de plus longue durée? En réalité, l'objection que nous venons de réfuter est simplement une critique du système général du Code civil en matière de suspensions et d'interruptions de prescription. — *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Rescision*, n. 5 *bis*, et *Quest.*, *eod. verbo*, § 5; Delvincourt, II, p. 806; Marcadé, IV, n. 878; Duvergier sur Toullier, IV, 1re part. (ancien tome VII), n. 616, note *a*; Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-IV et 265 *bis*-V; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 336-337, texte et note 9, et 5e édit., p. 400-401, texte et note 9, et IV, 4e édit., p. 270, et 5e édit., p. 447; Larombière, V, p. 308-310 (art. 1304), n. 32; Demolombe, XXIX, n. 134; Laurent, XIX, n. 3 et 4, p. 8-11; Vigié, II, n. 1648, p. 751-752; Thiry, III, n. 100, p. 135; Huc, VIII, n. 189, p. 230; Planiol, II, 1re édit., n. 1346, et 2e édit., n. 1230. — Pau, 11 déc. 1835, S., 36. 2. 185, D., *Répert. alph.*, v° *Prescr. civ.*, n. 690. — Limoges, 28 mai 1836, S., 39. 2. 69, D. P., 38. 2. 205. — Nîmes, 20 juin 1839, S., 39. 2. 535, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2931. — Req., 8 nov. 1843, S., 44. 1. 129, D. P., 43. 1. 473. — Agen, 10 janv. 1851, S., 51. 2. 780, D. P., 51. 2. 53. — *Contra* Toullier, VII, n. 615; Duranton, XII, n. 548; Zachariæ, § 337, texte *in fine* et note 11. — Angers, 22 mai 1834, S., 34. 2. 337, D., *Répert. alph.*, v° *Prescr. civ.*, n. 690.

[1] Le C. civ. néerlandais (art. 1490), le C. civ. italien (art. 1300) et le C. civ. japonais (art. 126) ont adopté, pour tous les cas de nullité ou de rescision, le terme de cinq ans. — Le C. civ. du Chili (art. 1691) et celui d'Espagne (art. 1299 pour l'action en rescision et art. 1301 pour l'action en nullité) ont réduit ce délai à quatre ans. — Le C. civ. argentin l'a abaissé à deux ans (art. 4030-4031). — Le C. civ. mexicain distingue : comme les C. civ. du Chili et d'Espagne, il limite à quatre ans la durée de l'action en rescision (art. 1660). Mais, pour l'action en nullité, il fixe un temps qui varie suivant la cause de la nullité : c'est ainsi que le délai est de quatre ans quand il s'agit d'une obligation contractée sans autorisation par une femme mariée (art. 1665); de cinq ans, pour l'action en nullité fondée sur l'erreur (art. 1666); de six mois seulement quand la nullité est motivée par la violence (art. 1667). — V. aussi art. 1664 et 425. — Le C. civ. portugais fait également une distinction. Quand la rescision a pour cause la minorité ou l'interdiction, il accorde, pour l'exercice de l'action en rescision, un délai de cinq ans (art. 688); mais, au cas d'erreur (art. 689) ou de violence (art. 690), cette action ne dure qu'un an. — Aux termes de l'art. 28 du *C. fédér. des obligations* : « Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée,

3° Enfin, notre texte nous annonce que la règle du délai de dix ans reçoit certaines exceptions en vertu de dispositions législatives spéciales. Ainsi l'art. 1676, al. 1, limite à deux ans l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes. Ainsi encore, à propos du cas où, dans un contrat de société, « les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts », l'art. 1854 dispose que « nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement... ».

A. *Fondement de la prescription de l'art. 1304.*

2025. Lorsque celui auquel appartient une action en nullité ou en rescision a laissé passer dix ans sans intenter cette action la loi le considère comme ayant renoncé tacitement au bénéfice de son action et par suite comme ayant confirmé l'acte qu'il était autorisé à attaquer. La prescription de l'art. 1304 a donc son fondement dans une *présomption de confirmation tacite*, résultant du silence prolongé de celui à qui appartenait l'action en nullité. C'était la pensée de Jaubert quand il disait, dans son rapport au Tribunat : « Un laps de temps sans réclamation *doit faire présumer la ratification* » (1). D'ailleurs cette idée se trouve exprimée dans le Code civil lui-même ; on lit, en effet, dans l'art. 1115 : « Un contrat ne peut » plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la » violence a cessé, ce contrat a été *approuvé*, soit expressé- » ment, soit tacitement, *soit en laissant passer le temps de la* » *restitution fixé par la loi* », c'est-à-dire le délai de dix ans fixé par l'art. 1304. On prétend, il est vrai, que l'opinion par

est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé écouler *une année* sans notifier à l'autre sa résolution de ne pas maintenir le contrat ou sans répéter ce qu'elle lui aurait déjà payé... ». — Signalons aussi la disposition du 1er al. de l'art. 124 du C. civ. allemand, ainsi conçue : « L'annulation d'une déclaration de volonté, en vertu de l'art. 123 (c'est-à-dire pour cause de manœuvres dolosives ou de menaces illégales), ne peut être opposée que dans le délai d'*un an* ». L'al. 3 du même article ajoute : « L'annulation est exclue, lorsque, depuis le moment où la déclaration a été émise, il s'est écoulé trente années ».

(1) Fenet, XIII, p. 371 ; Locré, XII, n. 60, p. 493.

nous préférée se méprend sur la portée de l'art. 1115 : « L'art. 1115, dit M. Planiol, suppose qu'en laissant s'écouler le temps fixé par la loi pour la restitution, la partie a pu avoir l'intention de confirmer l'acte. Mais cela n'est pas nécessairement vrai, comme le pensent certains auteurs, qui voient toujours dans la prescription un cas de confirmation tacite : ils ont tort d'ériger en règle générale une simple *possibilité*. On ne doit pas considérer la simple expiration du délai de la prescription comme constituant toujours un cas de confirmation tacite. Il est possible que la partie qui se trouve proche du terme des dix ans l'attende dans une inaction intentionnelle, afin de procurer à l'acte une solidité parfaite. Mais on ne peut pas préjuger cette intention du seul fait de son abstention : il faut encore que sa volonté de confirmer l'acte, qui est l'essence de toute confirmation, puisse être spécialement prouvée » (1) : Ainsi, la prescription de l'art. 1304 ne devrait être considérée comme impliquant une confirmation que lorsqu'on justifie que l'intéressé avait l'intention de confirmer. Mais le texte même de l'art. 1115 nous paraît condamner cette proposition. Le législateur distingue le cas où le contrat a été *approuvé tacitement* et celui où il a été *approuvé en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi*. Ce dernier cas présente donc quelque chose de particulier, et c'est précisément que la volonté de confirmer y est présumée. Cela est si vrai que, dans ses explications sur l'art. 1115, le tribun Favart, supposant que l'obligé n'a pas agi dans les dix ans qui ont suivi la cessation de la violence, s'exprime en ces termes : « Il y a *présomption* que l'on n'a pas voulu s'en prévaloir » (2), en d'autres termes, présomption de confirmation.

Tel est le fondement sur lequel repose la prescription de l'art. 1304 (3) ; il importait de l'établir, parce qu'il exerce une

(1) Planiol, II, 2e édit., n. 1298, al. 3. — V. aussi 1re édit., p. 412, note 1.

(2) Fenet, XIII, p. 315, et Locré, XII, p. 425, n. 14.

(3) *Sic*, Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 270, texte et note 3, et 5e édit., p. 447, texte et note 3 ; Demolombe, XXIX, n. 143 ; Laurent, XIX, n. 1, p. 6 ; Arntz, III, n. 285, p. 152 ; Vigié, II, n. 1647, p. 751 ; Thiry, III, n. 102, p. 131 ; Huc, VIII, n. 188, p. 239 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 647. — Civ. cass., 8 avril 1891, S., 91. 1. 149, D. P., 41. 1. 454. — V. cep. Zachariæ, § 339, note 15.

influence décisive sur la solution de graves difficultés que soulève la disposition de cet article. C'est ce que nous verrons par la suite [1].

B. *Sphère d'application de la prescription de l'art. 1304.*

2026. La prescription de l'art. 1304, ayant un caractère exceptionnel, doit être rigoureusement limitée aux cas pour lesquels le législateur l'a instituée, car les exceptions ne s'étendent pas. Or, voici les conditions auxquelles son application est subordonnée. Il faut : 1° que l'acte soit annulable ou rescindable ; 2° que l'acte soit une convention ; 3° que cette convention regarde le patrimoine ; 4° que la nullité ou la rescision soit proposée par ceux qui ont été parties à la convention ou par leurs représentants.

2027. *a.* Il faut d'abord que l'acte à propos duquel cette prescription est invoquée soit annulable ou rescindable. Cela suppose qu'il est entaché d'un vice, mais que, néanmoins, il a réellement pris naissance.

On voit que la prescription de l'art. 1304 ne saurait concerner les actes qui existent simplement en apparence, autrement dit les actes que certains auteurs qualifient d'*inexistants*. C'est un point que nous avons établi plus haut [2].

Au surplus, d'après nous, il faut dire d'une façon absolue que la prescription (par conséquent aussi bien la prescription trentenaire que la prescription décennale) ne peut pas courir à l'égard des actes inexistants [3].

2028. Par définition, la cause qui peut faire tomber un acte annulable ou rescindable est forcément contemporaine de la naissance de celui-ci. Un pareil acte porte ainsi en lui-même le principe de sa destruction.

Cette proposition nous conduit à exclure du domaine de l'art. 1304 un certain nombre d'actions, qui restent, par conséquent, soumises à la prescription trentenaire :

[1] V. *infra*, n. 2038-2039.

[2] V. *supra*, n. 1932, d, p. 261.

[3] Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 119, et 5e édit., p. 180 *in fine*; Laurent, XXXII, n. 391-392; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 589; Huc, XIV, n. 434, p. 548.

1° Ce sont d'abord les actions en résolution, en révocation ou en résiliation. Ces actions, à la différence des actions en nullité ou en rescision, sont dirigées contre des actes parfaitement valables dans leur origine, mais susceptibles d'être anéantis par l'effet d'un événement postérieur. Telle est l'action qui tend à faire résoudre une vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654) ou à faire résilier un bail pour perte totale de la chose louée (art. 1722). Telle est aussi l'action en révocation des donations entre vifs dans les trois cas où la loi l'accorde (art. 953 s.) (1).

Les tiers découvriront en général plus facilement l'existence d'une cause de résolution, qui est écrite dans la loi ou dans la convention, que l'existence d'une cause de nullité ou de rescision, dépendant de faits contemporains du contrat et qu'ils peuvent ignorer. On s'explique ainsi que la loi ait fixé une durée moins longue pour l'exercice de l'action en nullité ou en rescision que pour celui de l'action en résolution. Il est naturel que l'action s'éteigne plus vite quand les tiers qui peuvent avoir à en souffrir sont plus excusables d'en avoir ignoré l'existence. Le législateur a voulu atténuer l'insécurité qui résulte des causes de nullité ou de rescision, en abrégeant la durée de l'action (2).

2° Il faut encore écarter du domaine de l'article 1304 les actions en répétition de l'indû (3). Par exemple, les actions qui tendent à obtenir la restitution du prix de vente d'une chose qui était périe au moment du contrat (4), ou celle du

(1) Toullier, VII, n. 571; Duranton, XII, n. 552; Marcadé, IV, n. 884; Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-X; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 277, et 5e édit., p. 457; Demolombe, XXIX, n. 124; Larombière, V, p. 1304 (art. 304, n. 44); Laurent, XIX, n. 29; Huc, VIII, n. 191 *in fine*, p. 244; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 728.

(2) Laurent, XIX, n. 29, p. 36 *in fine* et 37. — M. Colmet de Santerre propose une autre explication. *Loc. cit.* Voyez-en la critique dans Laurent, même numéro, p. 36 *in medio*.

(3) Duranton, XII, n. 550; Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 277, et 5e édit., p. 457; Larombière, V, p. 304 (art. 1304, n. 28); Demolombe, XXIX, n. 126; Laurent, XIX, n. 30. — Amiens, 9 mai 1823, S. chr., Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 514. — Civ. rej., 19 janv. 1831, S., 31. 1. 157; Dalloz, *Répert. alph., loc. cit.*

(4) *Sic* Duranton, XII, n. 551; Troplong, *Vente*, I, n. 252; Duvergier, *Vente*, II, n. 256; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 278, et p. 335, note 19, et 5e édit., p. 457

supplément de prix payé, en vertu d'un traité secret, par le cessionnaire d'un office (1), ou encore celle des sommes reçues en exécution d'un contrat usuraire (2). Dans ces divers cas, la convention en vertu de laquelle le paiement a eu lieu était non avenue et ne pouvait produire aucun effet.

Toutefois si la personne qui veut répéter a payé en vertu d'un contrat annulable et que ce contrat n'ait pas encore perdu son efficacité, elle doit commencer par faire prononcer la nullité, et l'action qu'elle peut exercer à cet effet est évidemment soumise à la prescription de dix ans (3).

3° De même, la disposition de l'article 1304 est étrangère aux actions en rectification de comptes. Il ressort des termes de l'article 541 C. pr. civ. qu'en ce qui concerne les règlements de comptes, il ne peut pas être question d'action en nullité proprement dite (4).

4° Les actions en réduction des donations entre vifs (5). Quand ces libéralités excèdent la quotité disponible, on ne

in fine; de Fréminville, *Minorité,* II, n. 892; Laurent, XXIV, n. 88; Guillouard, *Vente,* I, n. 168, p. 181. — Rennes, 28 juillet 1811, S. chr., III. 2. 531. — *Contra* Delvincourt, II, p. 597-598.

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 277, et 5e édit., p. 457; Demolombe, XXIX, n. 54; Laurent, XIX, n. 10. — Trib. Seine, 3 juin 1845, S., 45. 1. 643, à la note, D. P., 45. 3. 160. — Paris, 5 déc. 1846, S., 47. 2. 228, D. P., 47. 2. 4. — Req., 3 janv. 1849, S., 49. 1. 282, D. P., 49. 1. 139. — Rouen, 26 déc. 1850, S., 51. 2. 97, D. P., 51. 2. 83. — Colmar, 22 août 1860, S., 61. 2. 549. — *Contra* Delvincourt, II, p. 598; Toullier, VII, n. 599; Teyssier-Desfarges, *Rev. de dr. fr. et étr.,* 1846, III, p. 608.

(2) Troplong, *Prêt,* n. 401; Vazeille, *Prescript.,* I, n. 112; Larombière, V, p. 362 (art. 1304, n. 58); Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 277, et 5e éd., p. 457; Demolombe, XXIX, n. 56. — Rennes, 20 juin 1817, S. chr., V. 2. 295. — Paris, 2 mai 1823, S. chr., VII. 2. 206, D., *Répert. alph.,* v° *Prêt à intérêts,* n. 262-1°. — — Bourges, 2 juin 1831, S., 32. 2. 120; D., *op. cit.,* v° *Prêt à int.,* n. 262 2°. — Montpellier, 1er mars 1835, joint à Cass., 16 janv. 1837, S., 37. 1. 234, D., *op. cit.,* v° *Prescript. civ.,* n. 850.

(3) Laurent, XIX, n. 30, p. 38.

(4) Merlin, *Quest.,* v° *Compte;* Chauveau sur Carré, *Lois de la proc., Quest.* 1886 *quinquies;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 277, et 5e édit., p. 457; Demolombe, XXIX, n. 127; Laurent, XIX, n. 31. — Bordeaux, 10 juin 1828, S. chr., IX. 2. 93, col. 3, D., *Rép. alph.,* v° *Compte,* n. 156.

(5) Il en est de même des actions en réduction des legs. Si nous ne les mentionnons pas ci-dessus, c'est parce que, en ce qui les regarde, la question ne peut pas se poser, l'article 1304 supposant, d'après nous, qu'il s'agit de conventions. V. *infra,* n. 2032.

peut pas dire pour cela qu'elles sont entachées d'un vice et surtout d'un vice contemporain de leur formation [1]. Les actions en réduction ne rentrent donc pas dans la classe des actions en nullité et ne sont pas prescriptibles pour dix ans [2].

5° Citons encore les actions en déclaration de simulation. Elles ne tendent pas à faire annuler ou rescinder l'acte contre lequel on les dirige, mais bien à faire constater le caractère fictif de cet acte [3]. Elles ne rentrent donc pas dans le domaine de l'article **1304**. Il en est ainsi même lorsqu'elles sont introduites par l'une des parties [4].

2029. D'ailleurs la prescription décennale s'applique, quelle que soit la cause du vice dont la convention est entachée. C'est ce qui résulte par argument des mots « *dans tous les cas* » de l'art. **1304**. Il est vrai que, dans ses alinéas **2** et **3**, ce texte se borne à parler des actions qui ont pour fondement l'erreur, la violence, le dol ou l'incapacité. Mais la suite de l'article ne peut avoir l'influence de restreindre le principe général posé au début ; car elle a pour objet de fixer l'époque à laquelle le délai de dix ans commence à courir, et c'est exclusivement à ce point de vue qu'elle s'occupe de certaines causes de nullité pour les soumettre à des règles spéciales [5].

De plus, la prescription décennale est applicable, que la nullité soit textuelle ou virtuelle. Quand elle présente ce dernier caractère, la constatation de son existence peut soulever des difficultés, mais cette considération est étrangère à

[1] On peut ajouter qu'une action de cette nature n'est pas formée par une des parties. En l'exerçant, les héritiers du donateur n'agissent pas comme représentants de celui-ci, mais bien comme des tiers, puisqu'ils attaquent un acte fait par lui. V. *infra*, n. 2037.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, I, n. 860, 1049-1050.

[3] V. notre tome I, n. 731.

[4] V. notre tome I, n. 741 et les autorités citées. — *Adde* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 278, texte et note 28, et 5e édit., p. 458, texte et note 28; Demolombe, XXIX, n. 128 ; Laurent, XIX, n. 33, p. 39.

[5] Aubry et Rau, IV, 4e édit , p. 272, texte et note 5, et 5e édit., p. 449, texte et note 5 ; Laurent, XIX, n. 15, p. 22. — Tout ce qu'on peut dire, c'est que, probablement, vu la façon dont s'exprimaient les ordonnances de 1510 et 1539, les auteurs du Code civil, en écrivant l'art. 1304, ont eu en vue surtout les vices du consentement et l'incapacité. — V. Demolombe, XXIX, n. 63.

notre question. Les termes absolus de l'art. 1304 ne permettent pas de distinguer [1].

De même, il est indifférent que la nullité soit établie par le Code civil ou par une loi spéciale [2].

L'art. 1304 s'applique également, quelle que soit la juridiction devant laquelle la demande a été formée. C'est ainsi que l'action en nullité des traités passés par une commune peut, même lorsqu'elle a été portée devant la juridiction administrative, être déclarée prescrite par dix ans [3].

2030. D'ailleurs, ainsi qu'il résulte de cette décision, la prescription décennale est opposable aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques. L'art. 2227 dit : « L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers... » La disposition de l'art. 1304 leur est donc opposable. On ne saurait prétendre que lorsque le maire agit irrégulièrement, il ne représente pas la commune, et que, par conséquent, l'acte passé dans ces conditions n'existe pas au regard de celle-ci. Le maire, alors même qu'il agit d'une façon irrégulière, représente la commune, tout comme le tuteur représente le pupille, alors même qu'il n'observe pas les formalités prescrites par la loi. Dans les deux cas, l'acte est simplement annulable [4].

2031. L'action que le mineur peut, à raison de l'inobservation de formalités légales, diriger contre les actes passés par lui pendant sa minorité, se prescrit conformément à la disposition de l'art. 1304, sans qu'il y ait à distinguer si les actes ont été passés par le pupille personnellement ou par son tuteur agissant comme tel. Cette solution est admise à l'unanimité en ce qui concerne la première hypothèse. Mais,

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 272 et 5e édit., p. 449 ; Demolombe, XXIX, n. 64.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 274, texte et note 11. — Caen, 21 janv. 1858, S., 57. 2. 248.

(3) Cons. d'Etat, 15 juin 1877, S., 79. 2. 155, D. P., 77. 3. 99.

(4) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 273, texte et note 11, et 5e édit., p. 451, texte et note 12 ; Demolombe, XXIX, n. 82 ; Larombière, V, p. 351 (art. 1304, n. 49) ; Laurent, XIX, n. 17 ; Huc, VIII, n. 193, p. 246. — Lyon, 31 mars 1886, D. P., 87. 1. 177. — *Contra* Solon, *Nullités*, II, n. 479.

nonobstant les objections que nous allons examiner, elle n'est pas moins exacte pour le cas où c'est le tuteur qui a contracté en cette qualité. D'après l'art. 450, le tuteur représente le pupille *dans tous les actes civils*. C'est le représentant général de ce dernier. Donc la disposition de l'art. 450 s'applique notamment aux actes pour lesquels le tuteur n'a pas rempli les conditions spéciales prescrites par la loi. On ne peut pas dire que, relativement à eux, il cesse de représenter le pupille. Ce serait contraire au principe consacré par le Code civil. Seulement, comme les formes qu'il n'a pas observées avaient pour but de protéger le pupille, ce dernier est admis à faire tomber les actes irréguliers, et l'action en nullité, dont il est pourvu à cet effet, se prescrit par dix ans, suivant la règle générale. Ce raisonnement réfute par avance l'objection tirée de l'art. 1998 : En matière de mandat conventionnel, a-t-on dit, la loi dispose que le mandant n'est pas lié par les engagements que le mandataire a contractés hors des limites de ses pouvoirs. Or, c'est en vertu d'un mandat légal que le tuteur peut agir pour le compte du pupille, et il serait exorbitant qu'un mandat établi par la loi n'offrît pas les mêmes garanties qu'un simple mandat conventionnel. C'est pourtant ce qui arriverait si, au regard du pupille, les actes passés irrégulièrement par le tuteur n'étaient pas non avenus, car, en y procédant sans remplir les formalités légales, ce dernier a excédé son mandat. Donc si, par exemple, le tuteur vend un immeuble du mineur sans avoir obtenu à ces fins l'autorisation du conseil de famille ou sans avoir fait homologuer par justice la délibération de ce conseil, la vente n'est pas opposable au pupille, qui peut exercer l'action en revendication tant qu'elle n'est pas prescrite. Cette objection n'est pas fondée : l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ne sont point nécessaires pour étendre le mandat dont le tuteur est investi. Tel qu'il est conféré par la loi, ce mandat est général. Le rôle du conseil de famille et du tribunal est simplement de veiller aux intérêts du pupille. Ainsi, quand le tuteur s'affranchit des formes requises par la loi, il n'en est pas moins le mandataire légal du mineur, sauf pour ce dernier le droit de poursuivre l'annulation de l'acte irrégulier.

En réalité, cette théorie est bien plus satisfaisante que l'autre, et, par suite, on s'explique facilement que les rédacteurs du Code l'aient préférée. En effet, d'abord, il est très possible et même il arrive souvent en fait que, si le tuteur n'observe pas les formalités, c'est pour éviter des frais ou pour ne pas laisser passer une bonne occasion. Le mineur peut donc avoir intérêt à maintenir l'acte. Pour que la protection organisée à son profit ne se retourne pas contre lui, il faut qu'une fois majeur, il soit juge du point de savoir si cet acte doit être anéanti. Ajoutons que cette doctrine est celle qui donne le plus de sécurité aux tiers. C'était une raison de plus pour que le législateur de 1804 la consacrât.

On invoque, il est vrai, en sens contraire, l'autorité de plusieurs de nos anciens auteurs, notamment celle de Pothier. Celui-ci enseignait de la façon la plus nette la théorie que nous repoussons. Il allait même très loin dans cette voie. A ses yeux, si le tuteur vendait sans observation des formes légales un immeuble du mineur, cette vente, excédant les pouvoirs du tuteur, n'était pas plus le fait du mineur « que ne le serait le fait d'un étranger qui se serait avisé de vendre cet immeuble » (1).

Mais cette décision de Pothier n'est point concluante. D'abord, cette interprétation de l'ancien droit n'est pas acceptée par tout le monde. Ainsi qu'on l'a fait remarquer très judicieusement, l'ordonnance de 1539, quand elle parlait de ventes d'immeubles de mineurs faites sans décret ni autorisation de justice, ne pouvait avoir en vue que des ventes consenties par le tuteur en cette qualité, car la justice n'autorisait en aucun cas les mineurs à aliéner eux-mêmes leurs immeubles (2). De plus, comme nous l'avons montré, il résulte

(1) Pothier, *Tr. des personnes*, partie I, tit. VI, art. 3, § 2, (éd. Dupin, VIII, p. 71). — Cpr. Bourjon, *Dr. commun de la France*, liv. I, tit. VI, chap., II, n. 54 (I, p. 52) : Basnage, *Œuvres complètes*, II, p. 467; Despeisses, I, p. 810; Chabrol, *Cout. d'Auvergne*, II, p. 157, Traité anonyme *des Minorités*, chap. XIV, p. 379.

(2) Cette seconde interprétation de l'ordonnance de 1539 a été adoptée par plusieurs arrêts, depuis la promulgation du Code civil, relativement à des contrats passés antérieurement à cette promulgation. — V. Civ. rej., 14 nov. 1826, S. chr., VIII. 1. 453. — Riom, 8 mai 1829, S. chr., IX. 2. 260. — V. aussi Riom, 25 mars 1829, S. chr., IX. 2. 238. — *Contra* Toulouse, 7 juin 1830, S., 32. 2. 66, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2897.

de l'art. 450 que, dans le système du Code civil, le tuteur, même quand il n'observe pas les formes légales, représente le mineur [1]. L'action qui, dans notre hypothèse, appartient à celui-ci, est donc soumise à la prescription de dix ans [2].

[1] Dans un des premiers arrêts qu'elle a rendus sur la question, la cour de cassation ajoute un argument, mais nous reconnaissons qu'il est faible, et nous croyons, par suite, devoir ne pas l'adopter. Elle reproche à l'opinion contraire de ne pas être en harmonie avec la disposition de l'art. 475. Cette disposition ne laisse au mineur qu'un délai de dix ans, à compter de la majorité, pour exercer les actions relatives aux faits de la tutelle. Or, si le mineur pouvait pendant trente ans revenir sur les actes passés par son tuteur sans observation des formes spéciales, il arriverait à faire indirectement ce qui est interdit par l'art. 475. En effet, le tiers acquéreur contre lequel, après l'expiration de dix ans, le mineur agirait, exercerait un recours contre le tuteur. — Civ. cass., 25 nov. 1835, S., 36. 1. 130, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2894-2°. — Mais, bien que le délai soit le même pour la prescription de l'art. 475 et pour celle de l'art. 1304, il ne faut point décider que ces deux prescriptions doivent nécessairement, d'après la volonté du législateur, être acquises simultanément. Ce qui le prouve bien, c'est que l'interruption de l'une n'entraîne certainement pas celle de l'autre.

[2] *Sic* Marcadé, IV, 900; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 896; Solon, II, n. 468; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 273-274, texte et note 13, et 5e édit., p. 452, texte et note 13; Larombière, V, p. 347-350 (art. 1304, n. 46); Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 478, § 584, note 7; Demolombe, XXIX, n. 89-90; Laurent, XIX, n. 20, et XVI, n. 36-37; Vigié, II, n. 1650, p. 753, *in fine;* Thiry, III, n. 107, p. 133-134; Huc, VIII, n. 196, 211. — Civ. cass., 25 nov. 1835, précité. — Paris, 2 nov. 1840, S., 41. 2. 134; D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2895-3°. — Grenoble, 10 juin 1842, S., 43. 2. 144, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2894-3°. — Rouen, 17 janv. 1846, S., 47. 2. 351, D. P., 47. 2. 14. — Liège, 17 mars 1843, *Pasicr.*, 45. 2. 18; 3 mars 1850, *Pasicr.*, 50. 2. 146; 13 juillet 1850, *Pasicr.*, 50. 2. 271. — Req., 7 juil. 1851, S., 51. 1. 641, D. P., 54. 5. 580. — Bordeaux, 8 juil. 1863, S., 63. 2. 26, D. P., 63. 5. 288; 27 juil. 1871, S., 72. 2. 221, D. P., 72. 2. 125. — Req., 7 mars 1876, S., 76. 1. 291, D. P., 77. 1. 260. — Trib. de l'Empire (Allemagne), 13 juin 1884, S., 86. 4. 17, note conforme de M. Bauchet. — *Contra* Grenier, *Des hypothèques*, I, n. 48; Vazeille, *Prescrip.*, II, n. 550; Duranton, III, n. 598, X, n. 282 et XII, n. 545; Chardon, *Du dol et de fraude*, II, n. 286; Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 160; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Nullité*, n. 20; Rodière, *Rev. de législ.*, V, année 1854, n. 76. — Riom, 13 déc. 1826, S. chr., VIII, 2. 299, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2896-1°. — Bordeaux, 10 juil. 1829, S. chr., IX, 2. 296, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2896-2°. — Grenoble, 21 mars 1833, S., 33. 2. 580, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2896-3°. — Rennes, 1er août 1833, S., 33. 2. 580, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2896-4°. — Douai, 24 août 1839, J. P., 39. 2. 659. — Douai, 20 nov. 1870, S., 72. 2. 1, note conforme de M. Labbé. — Cpr. Bordeaux, 21 avril 1858, S., 58. 2. 395 (dans l'espèce à laquelle s'applique cette dernière décision, il y avait ceci de particulier dans la vente que le tuteur n'avait pas pris cette qualité). — Dans sa note sous l'arrêt de Douai, du 20 novembre 1870, précité, M. Labbé, tout en exprimant sa préférence pour la solution admise par Pothier, critique le raisonnement qui, dans notre hypothèse, assimile la vente de la chose du mineur à la vente de la chose d'autrui. Cette idée est considérée par l'éminent professeur comme entachée d'exagération.

2032. *b.* Il faut, en outre, que l'acte annulable ou rescindable soit une *convention,* c'est-à-dire qu'il résulte de l'accord de deux ou plusieurs volontés. La disposition de l'article 1304, étant exceptionnelle, ne peut pas être étendue, même par analogie. Il convient d'autant plus de s'en tenir à ce principe que l'ordonnance de 1510 établissait la prescription décennale non seulement pour les contrats, mais aussi pour les « autres actes quelconques » et que, sur ce point, les rédacteurs du Code n'ont pas jugé à propos de reproduire les termes de cette ordonnance. Sans doute les alinéas 2 et 3 de l'article 1304 emploient le mot *actes,* sans préciser; mais ce n'est pas dans leurs dispositions que le principe de la matière est posé : ils ont seulement pour objet la détermination du point initial de la prescription dans certains cas particuliers (1).

2033. De là résultent deux très importantes conséquences :

1° L'article 1304 ne concerne pas l'action en nullité ou en rescision dirigée contre les actes qui résultent de la manifestation d'une volonté simplement unilatérale.

On décide, en conséquence, à l'unanimité, que la prescription décennale est étrangère à l'action en nullité d'un testament (2).

Il faut se prononcer de même quant à l'acceptation (3) ou à

Il propose, en conséquence, une solution intermédiaire : Le tuteur n'est pas étranger au mineur puisque, nous le supposons, il a agi au nom de celui-ci. On doit, par suite, admettre que le mineur peut, en ratifiant l'acte, se l'approprier. Toutefois, comme le tuteur a outrepassé son mandat, il est dans la même situation que tout mandataire qui a excédé ses pouvoirs : *il est un gérant d'affaires.* C'est dire que l'art. 1304 est étranger à notre cas. On n'a, en effet, jamais soutenu qu'en ce qui regarde l'affaire gérée spontanément pour autrui, un silence de dix ans implique de la part de l'intéressé ratification tacite. Même ainsi présentée, la thèse trouve sa réfutation dans les arguments formulés ci-dessus. — V. au surplus Beauchet, note sous Trib. de l'Empire (Allemagne), 13 juin 1884, précité.

(1) *Sic* Duranton, XII, n. 531; Marcadé, IV, n. 882; Laurent, XIX, n. 23, p. 29-31; Huc, VIII, n. 191, p. 243.

(2) Demolombe, XXIX, n. 79 *bis;* Laurent, XIII, n. 451, et XIX, n. 26, p. 32; Huc, VIII, n. 191, p. 243. — Bordeaux, 14 mars 1843, S., 43. 2. 311, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3280.

(3) Les obligations dont l'héritier acceptant se trouve tenu envers les créanciers de la succession, ne sont pas engendrées par un contrat. En réalité, elles sont établies par la loi, l'acceptation ne faisant que rendre définitifs les effets de la saisine. Laurent, XIX, n. 25.

la répudiation d'une succession [1]. Peu importe que des tiers acceptent le bénéfice de ces actes et acquièrent ainsi des droits irrévocables, comme ils auraient pu le faire en contractant. Cela ne suffit pas pour que ces actes deviennent des conventions [2].

2034. Mais, bien que l'art. 1304 ne concerne pas les actes unilatéraux, nous n'hésitons pas à l'appliquer aux actions en nullité de paiements. Il n'est pas exact de dire qu'un paiement est un acte unilatéral. Ce n'est pas sans doute un contrat proprement dit, mais c'est une convention. Une volonté unique ne peut pas faire qu'il y ait paiement. Elle ne saurait produire qu'une offre de paiement, absolument comme elle ne saurait produire qu'une offre de contrat. Pour qu'il y ait paiement, il faut nécessairement l'accord de deux volontés. Donc l'action en nullité d'un paiement est prescriptible par dix ans [3].

A plus forte raison admettrons-nous que la disposition de l'art. 1304 s'applique à la nullité dont est frappée, aux termes de l'art. 909, la donation faite par un malade à son médecin. Cette solution ne peut faire l'objet d'aucun doute, puisque une donation est une convention et même un contrat [4].

2035. 2° La prescription décennale est étrangère aux n l-lités d'actes instrumentaires, c'est-à-dire à celles qui frappent les écrits destinés à constater des conventions. Du reste, rien n'est plus rationnel. La validité ou la nullité d'un acte instrumentaire s'analyse en une question de preuve; et, lors-

(1) Grenoble, 6 décembre 1842, S., 43. 2. 290, D. P., 43. 2. 171.

(2) *Sic* Laurent et Huc, *loc. cit.* — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-IX; Aubry et Rau, IV, p. 274-275, texte et note 16, et 5e édit., p. 453-454, texte et note 16; Demolombe, XXIX, n. 48; Larombière, V, p. 365 (art. 1304, n. 61); Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 727 *in fine* et 728. Grenoble, 6 décembre 1842, S., 43. 2. 290, D., *Répert. alph.*, v° *Prescript. civile*, n. 702. — Paris, 2 fév. 1880, joint à Civ. cass., 21 mars 1882, S., 83. 1. 301, D. P., 83. 1. 61.

(3) Laurent, XIX, n. 24. — La Cour de cassation décide que la nullité d'une quittance se couvre par la prescription de l'art. 1304, la délivrance de la quittance n'étant que l'exécution d'une obligation que la convention de paiement fait naître à la charge de la partie à qui le paiement est fait. — Req., 27 juin 1837, S., 38. 1. 426, D. P., 38. 1. 27.

(4) Larombière, V, p. 357 *in fine* (art. 1304, n. 53); Demolombe, XXIX, n. 79. — Sur la question dans l'ancien droit, V. sect. Civ. cass., 21 août 1822, S. chr., VII. 1. 129.

qu'un écrit n'est pas rédigé de manière à faire foi, le seul laps de temps est impuissant à lui donner la force probante qui lui manquait au début (1).

2036. *c.* Ainsi le domaine de l'article 1304 s'étend seulement aux conventions. Mais embrasse-t-il du moins tous les actes de cette nature? Non, il comprend exclusivement les conventions qui regardent le patrimoine. L'art. 1304, par la place même qu'il occupe, indique qu'il est absolument étranger aux actions en nullité relatives à l'état des personnes (2). Les nullités de mariage ne sont donc pas susceptibles d'être couvertes par la prescription de dix ans (3). Nous ferons la même observation pour la nullité du contrat d'adoption (4).

2037. *d.* Une dernière condition est requise pour l'application de la prescription décennale. Il résulte des termes de l'art. 1304 qu'elle n'est opposable que si la nullité ou la rescision est proposée par ceux qui ont été parties à la convention ou par leurs représentants (5). Cette condition est une

(1) Larombière, V, p. 366-367 (art. 1304, n. 62); Demolombe, XXIX, n. 73 et 76; Laurent, XIX, n. 16, p. 23. — Il est évident que la question résolue au texte ne saurait se poser à propos des écrits exigés pour la formation des contrats solennels. Relativement à ces contrats, l'inobservation des formes entraîne l'inexistence même de la convention et non pas seulement la nullité de l'acte instrumentaire.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 275 et 5e édit., p. 454. — *Contra* Demolombe, XXIX, n. 62.

(3) *Sic* Marcadé, I, n. 646; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n. 157 et 158; Valette, *Cours de code civil*, I, p. 237; Aubry et Rau, V, p. 70-71, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, I, 8e édit. suivant l'ordre du Code, n. 510, et 8e édit. conforme au programme des Facultés de droit, n. 418. — Cpr. Laurent, II, n. 454. — *Contra* Duranton, II, n. 278; Duvergier sur Toullier, I, n. 355; Demolombe, III, n. 268.

(4) *Sic* Aubry et Rau, VI, 4e édit., p. 129-130, notes 17 et 18; Planiol, II, 1re éd., n. 1344, al. 2, et 2e édit., n. 1288, al. 2. — Cpr. Laurent, IV, n. 235. Ce dernier auteur se prononce dans le même sens, mais en se fondant sur ce que, d'après lui, l'adoption n'est pas un contrat. — M. Demolombe enseigne qu'en matière d'adoption les nullités relatives se couvrent par dix ans, VI, n. 203 et 206, mais que les nullités absolues sont perpétuelles, VI, n. 212. — M. Huc donne la même solution pour les nullités relatives, III, n. 143. Mais, pour les nullités absolues, il admet la prescription trentenaire, III, n. 139. — La nullité de la reconnaissance d'enfant naturel n'est, elle aussi, prescriptible que par trente ans. — *Sic* Aubry et Rau, VI, 4e édit., p. 182, texte et note 38. — *Contra* Huc, III, n. 100 *in fine*, p. 116. — Mais ici, outre que l'acte dont il s'agit est relatif à l'état des personnes, il ne constitue pas une convention. Laurent, IV, n. 70 *in fine*, p. 109.

(5) « Le temps de dix ans a été regardé comme le plus long délai dont une par-

conséquence de l'idée qui sert de fondement à la disposition de l'art. 1304 : une convention ne saurait être confirmée par les tiers; on ne peut donc pas opposer à ceux-ci une prescription qui supposerait de leur part une confirmation tacite (1).

Nous en avons déjà conclu que l'action paulienne est prescriptible par trente ans seulement. Si l'on considère celle-ci non comme une action en nullité, mais comme une action en dommages-intérêts, il y a double raison pour la soustraire à l'application de l'art. 1304. Mais cette solution doit être admise même par la doctrine qui voit dans l'action paulienne une action en nullité, car la confirmation ne peut pas émaner des créanciers (2).

2038. En est-il de même de l'action en nullité appartenant aux héritiers du donateur contre la donation qui a été faite sans observation des formes solennelles?

Nous ne le pensons pas. Si, au regard du donateur, cette donation est inexistante, elle est, au regard de ses héritiers, simplement annulable et ils peuvent la confirmer soit expressément, soit tacitement. Du moment que la loi admet la possibilité d'une confirmation de leur part, il n'y a pas de motif pour décider que la prescription de dix ans ne leur est pas opposable, puisque cette prescription est fondée sur une confirmation présumée (3).

tie puisse avoir besoin pour recourir à la justice ». Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 287, Locré, XII, p. 390, n. 173.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 275 et 5e édit., p. 454; Demolombe, XXIX, n. 118; Laurent, XIX, n. 27, p. 33-34; Thiry, III, n. 106, p. 133. — Civ. cass., 8 janv. 1838, S., 38. 1. 646, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2880-1o. — Bordeaux, 6 avril 1843, S., 43. 2. 422, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2880-1o.

(2) V. ce traité, I, n. 726.

(3) *Sic* Duranton, XII, n. 538; Toullier, VII, n. 605; Vazeille, *Des prescr.*, II, n. 546; Troplong, *Des don.*, III, n. 1086; Colmet de Santerre, V, n. 313 *bis*-I; Laurent, XII, n. 229, p. 292, et XIX, n. 13 *in fine;* Baudry-Lacantinerie et Colin, I, n. 1108; Huc, VIII, n. 192, p. 245 *in fine*. — Riom, 16 juin 1843, S., 43. 2. 543, D. *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2875. — Bordeaux, 14 janv. 1857, S., 57. 2. 353, D., *op.* et vo *cit.*, n. 2959. — Toulouse, 28 avril 1861, S., 61. 2. 393, D. P., 61. 2. 279. — Req., 5 mai 1862, S., 62. 1. 562, D. P., 62. 1. 341; 26 nov. 1862, S., 63. 1. 15, D. P., 63. 1. 71. — Lyon, 20 août 1869, S., 70. 2. 124. — Cpr. Civ. rej., 26 avril 1869, S., 69. 1. 297, D. P., 69. 1. 246. — *Contra* Saintespès-Lescot, *Donat.*, III, n. 581; Marcadé, V, sur l'art. 1340, III; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 276, texte

MM. Aubry et Rau et M. Demolombe enseignent, comme nous, qu'au regard des héritiers du donateur, la donation pour laquelle les formes solennelles n'ont pas été observées est simplement *annulable* (1). Néanmoins, d'après eux, la disposition de l'art. 1304 n'est pas applicable à l'action de ces héritiers, ceux-ci étant des tiers. MM. Aubry et Rau et M. Demolombe n'ont pas égard à cette particularité que, par exception, les tiers dont il s'agit peuvent confirmer. D'ailleurs, en ce qui regarde les actes faits par la femme mariée non autorisée, ces mêmes auteurs n'hésitent pas à décider que l'action en nullité qui appartient au mari est soumise à la prescription décennale (2). S'ils se prononcent de la sorte, c'est évidemment parce que, à leurs yeux, le mari, quand il garde le silence pendant dix ans, est censé confirmer tacitement l'acte fait par sa femme sans son autorisation. Mais n'est-il pas un tiers par rapport à cet acte? Evidemment oui, car il n'y a certainement pas été représenté. Si donc ces auteurs admettent, dans cette hypothèse, la prescription décennale, c'est parce que le mari, nonobstant sa qualité de tiers, peut confirmer. En n'adoptant pas la même solution quant aux héritiers du donateur, MM. Aubry et Rau et M. Demolombe nous paraissent tomber dans une contradiction.

2039. Telles sont les limites qui circonscrivent le domaine de l'art. 1304. Mais il ne faut pas non plus les restreindre arbitrairement. Ainsi, quoique le texte emploie les expressions

note 19, et 5e édit., p. 455, texte et note 19; Demolombe, XXIX, n. 51, 121; Larombière, V, p. 365-368 (art. 1304, n. 62).

(1) Voici, par exemple, comment s'exprime M. Demolombe : « A quel titre les héritiers du donateur forment-ils une *action en nullité* de la donation entre-vifs faite par leur auteur ? Est-ce de son chef, en leur qualité d'héritiers, comme exerçant ses droits? Apparemment non ! Car, à l'égard du donateur, la donation était nulle et non pas seulement *annulable;* et leur auteur ne leur a pas transmis une *action en nullité*, qui ne lui était pas nécessaire, à lui, et qu'en effet il n'avait pas », XXIX, n. 121.

(2) Aubry et Rau, V, 4e édit., p. 167-168, texte et note 124; Demolombe, XXIX, n. 150. — Ces auteurs pensent que la prescription de l'art. 1304 ne court pas contre le mari avant la dissolution du mariage, parce que pendant la durée de celui-ci, le silence du mari peut s'expliquer autrement que par une confirmation. Mais, d'après eux, il en est autrement quand le mariage a pris fin. Alors, en effet, si, pendant dix ans, le mari s'abstient d'exercer l'action en nullité, c'est parce qu'il a probablement l'intention de confirmer.

ACTION *en nullité ou en rescision,* il devrait recevoir son application non seulement lorsque la nullité ou la rescision sont proposées par voie d'action, mais aussi lorsqu'on les fait valoir *par voie d'exception,* c'est-à-dire lorsqu'on les oppose en qualité de défendeur.

Cette solution est contredite par des voix autorisées ; il nous faut donc la justifier. Pour concevoir d'abord le cas de l'exception de nullité ou de rescision, nous devons supposer que l'acte que l'on veut faire annuler ou rescinder n'a pas reçu sa complète exécution. Vous m'avez poussé par des manœuvres frauduleuses à vous acheter un immeuble, et, le contrat une fois conclu, vous êtes resté sans le faire exécuter ; plus de dix ans après la découverte du dol, vous intentez contre moi une action en paiement du prix. Puis je encore, pour me dispenser de payer, vous opposer la nullité sous forme d'exception ? Le fondement sur lequel repose la prescription de l'art. 1304, ne le permet pas. Du moment qu'après dix ans de silence, celui qui pouvait se plaindre est considéré comme ayant confirmé l'engagement (1), il a perdu la faculté d'en proposer la nullité ou la rescision soit en demandant, soit en défendant (2); ce serait, dans l'un comme dans l'autre cas, méconnaître la confirmation tacite. Assurément cette solution serait injuste sous l'empire d'une législation qui ne permettrait pas à la personne obligée en vertu d'une convention annulable ou rescindable de la faire infirmer par la justice tant que l'autre partie n'en poursuit pas l'exécution, et c'est là sans doute l'origine de cet adage suranné : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (3). Alors, l'exception, arme

(1) V. *supra*, n. 2025.

(2) L'ordonnance 1539 disait expressément, en ce qui regarde les contrats faits par les mineurs, que ceux-ci, une fois arrivés à l'âge de 35 ans, ne pourraient déduire ni poursuivre la cassation de ces contrats « en demandant ou en défendant ». Si les auteurs du Code avaient voulu innover sur ce point, ils l'auraient certainement dit, d'autant plus qu'en rompant avec le système de l'ordonnance de 1539, ils auraient restreint la portée naturelle du principe posé dans l'art. 1304, al. 1er.

(3) Cet adage est emprunté à la loi 5, § 6, D., *De doli mali et metus exceptione*, XLIV, 4. Il représente donc la tradition romaine. Mais n'est-il pas singulier de supposer qu'aux yeux du législateur de 1804, la tradition romaine l'a emporté sur la tradition française, représentée par l'ordonnance de 1539 ?

défensive, doit être maintenue aussi longtemps que l'action, arme offensive, n'est pas brisée. Mais, sous notre droit actuel, rien n'empêche celui dont l'engagement est vicié de prendre l'initiative et de faire mettre à néant, avant toute attaque, le contrat que le créancier se réserve peut-être de lui opposer plus tard [1]. Son inaction est donc volontaire et de nature à faire présumer de sa part la volonté de confirmer. On objecte que l'art. 1304 ne limite que la durée de l'action et qu'il est muet sur le sort de l'exception. Mais le mot *action* est ici employé pour désigner le droit qu'elle sert à faire valoir. Lorsque la loi déclare l'action en nullité ou en rescision prescrite au bout de dix ans, c'est le droit lui-même de faire annuler ou rescinder une obligation qu'elle déclare éteint. Or un droit qui n'existe plus ne peut même pas servir de base à une exception ; sans quoi, on arriverait indirectement à le faire revivre.

Nous ne déguiserons pas les inconvénients auxquels peut conduire notre interprétation. On a imaginé telles hypothèses où la prescription de dix ans courra contre une personne qui ignorait même la formation du contrat vicié, et où son action en nullité ou en rescision se trouvera éteinte avant même qu'elle en ait eu connaissance. Supposez une convention passée par un interdit qui plus tard revient à la raison et dont l'interdiction est levée. Si cet acte n'a pas reçu d'exécution, il est très possible que rien n'en révèle l'existence à l'ex-interdit ; car, d'un côté, son patrimoine n'en aura reçu aucune modification, les choses étant encore entières ; et, d'autre part, comme il a agi en état de folie, il n'en aura gardé aucun souvenir. Il laissera donc passer les dix ans sans intenter l'action en nullité qui lui appartient ; et, si l'autre partie vient après ce délai lui demander l'exécution de l'acte, il sera obligé de la subir, n'ayant plus d'exception à lui opposer. Sans doute, s'il établit qu'il a contracté pendant un accès de folie, il pourra à toute époque se soustraire à l'obligation d'exécuter, parce qu'alors le contrat est inexistant pour dé-

[1] A notre avis, il faut décider que la vieille maxime *Quæ temporalia sunt...* n'est pas applicable sous l'empire du Code civil. — V. sur cette question controversée, Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 609-612.

faut absolu de consentement ; mais c'est à lui qu'incombe la charge de cette preuve, et rarement il aura dans les mains le moyen d'établir qu'au moment précis où il a agi, il était entièrement privé de raison. L'inconvénient est réel, et on peut le relever encore dans le cas d'un mineur qui ignore l'acte irrégulier passé par son tuteur. Mais, en droit pur, il ne saurait exercer aucune influence ; car la loi elle-même n'en tient aucun compte dans la théorie générale de la prescription, puisqu'elle la laisse courir contre ceux qui ignorent leurs droits, alors même qu'il n'y aurait aucune négligence à leur reprocher (1). Il eût été bien facile, d'ailleurs, aux auteurs du Code de prévenir les inconvénients signalés à propos des mineurs et des interdits : il suffisait de faire dater le commencement de la prescription décennale, non du jour de la cessation de leur incapacité, mais de celui où ils auraient eu connaissance de l'acte par notification ou autrement. Nous savons que cette amélioration a été réalisée, mais dans un cas particulier, par la loi du 30 juin 1838, *sur les aliénés*. N'est-ce pas une preuve de la vérité de notre interprétation ? (2).

(1) La cour de cassation, il est vrai, se prononce pour la solution contraire. Mais cette solution n'est pas en harmonie avec le rôle naturel de la prescription. — V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 371. — V. aussi ce même ouvrage, n. 367, 368, 374 et 375.

(2) *Sic* Duranton, XII, n. 549 ; Marcadé, IV, n. 879 ; Duvergier sur Toullier, VII, n. 601, note 1 ; Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-VI et 265 *bis*-VII ; Laurent, XIX, n. 57-59, p. 56-63 ; Vigié, II, n. 1649, p. 752-753 ; Thiry, III, n. 110, p. 135-137 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 739-741. — Gand, 19 janv. 1835, *Pasicr.*, 35. 2. 34. — Trib. de l'Empire d'Allemagne, 13 juin 1884, S., 86. 4. 17 (note conforme de M. Beauchet). — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Prescr.*, sect. II, § 5 ; Toullier, VII, n. 902 ; Delvincourt, II, p. 596 et 600 ; Vazeille, II, n. 560 ; Troplong, *Prescr.*, II, n. 827 s. ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 278, et 5e édit., p. 458 ; Demolombe, XXIX, n. 136-137 ; Larombière, V, p. 310-314 (art. 1304, n. 34) ; Arntz, III, n. 291, p. 154-155 ; Huc, VIII, n. 189-190, p. 239-243 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1347 et 2e édit., n. 1291. — Paris, 21 avril 1836, S., 37. 2. 17, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2938-1°. — Rouen, 9 janv. 1838, S., 38. 2. 110, D. P., 38. 2. 78, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 909. — Bordeaux, 6 avril 1843, S., 43. 2. 422, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 2880-1°. — Req., 1er déc. 1846, S., 47. 1. 289, D. P., 47. 1. 15. — Toulouse, 9 juill. 1859, S., 59. 2. 407, D. P., 59. 2. 101. — Namur, 11 mars 1878, *Pasicr.*, 78. 3. 20. — Req., 21 juin 1880, S., 81. 1. 297, D. P., 81. 1. 108. — Agen, 7 juil. 1886, S., 86. 2. 189.

C. *Du point de départ de la prescription de l'art. 1304.*

2040. En règle générale, une action commence à se prescrire du jour où elle est née. Or l'action en nullité ou en rescision contre un acte annulable ou rescindable naît à dater du jour où cet acte a été accompli. C'est donc ce jour qui servira de point de départ à la prescription [1].

La loi, qui sous-entend cette règle dans l'art. 1304, y apporte un très grand nombre d'exceptions. Ces exceptions confirment la règle. Elles consistent à retarder le point de départ de la prescription jusqu'au jour où celui à qui appartient l'action s'est trouvé en situation de pouvoir l'exercer librement et en connaissance de cause [2] : « *Ce temps ne* » *court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé;* » *dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non* » *autorisées, du jour de la dissolution du mariage. — Le* » *temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits,* » *que du jour où l'interdiction est levée, et à l'égard de ceux* » *faits par les mineurs, que du jour de leur majorité* ». Art. 1304, al. 2 et 3.

Faisons une revue rapide de ces exceptions.

2041. 1° La première de ces exceptions regarde les nullités qui tiennent à un vice du consentement. « *Ce temps ne* » *court,* dit l'art. 1304, al. 2, *dans le cas de violence, que du* » *jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour* » *où ils ont été découverts* ». C'est, qu'en effet, aussi longtemps que le consentement est vicié par l'erreur, la violence ou le dol, il ne saurait être question ni de la confirmation,

[1] Ainsi le décidait formellement l'ordonnance de juin 1510. Aux termes de son article 46 « toutes rescisions de contrats... se prescriront... par le laps de dix ans continuels, *à compter du jour que lesdits contracts, distracts ou autres actes auront esté faits* ».

[2] Ces exceptions fournissent un nouvel argument à l'appui de cette proposition que la prescription de l'art. 1304 repose sur l'idée de confirmation tacite. Si, dans les cas visés par les alinéas 2 et 3 de ce texte, la loi a reculé le point de départ de la prescription, c'est parce que celle-ci, à raison de son fondement, ne pouvait pas commencer à une époque où la confirmation aurait été entachée du même vice que le contrat annulable ou rescindable.

ni, par conséquent, de la prescription décennale qui est fondée sur l'idée de confirmation tacite.

C'est à celui qui invoque la nullité soit par voie d'action, soit par voie d'exception, lorsque dix ans se sont écoulés à compter de la date du contrat, de prouver que la violence n'a cessé ou que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans ; car c'est lui qui allègue ce fait (1).

Nous n'avons rien de particulier à faire observer relativement à la preuve de la cessation de la violence : il s'agit ici de la preuve d'un fait simple, c'est-à-dire de ce fait qu'à tel moment la personne qui a contracté sous la pression des menaces ou des mauvais traitements, est rentrée en possession de sa liberté. Il en sera presque toujours de même quant à la preuve de la découverte de l'erreur.

Nous devons, au contraire, faire une remarque en ce qui regarde le dol. Celui-ci résulte ordinairement de manœuvres successives plus ou moins nombreuses. On peut donc l'avoir découvert avant d'avoir rassemblé les divers indices dont l'ensemble forme la démonstration de son existence. Or, pour que le délai de la prescription commence à courir, il faut, mais il suffit, aux termes de l'art. 1304, al. 2, que le dol ait été découvert. Aussi le demandeur ne peut-il repousser le moyen tiré de la prescription qu'en prouvant non pas simplement que dix ans ne se sont pas écoulés depuis le jour où l'existence du dol a été complètement établie par lui, mais bien que la découverte même du dol ne remonte pas à dix ans (2).

(1) *Sic* Duvergier sur Toullier, IV, 1re partie (ancien tome VII), n. 612, note *a;* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 281, note 38, et 5e édit., p. 463, texte et note 38; Larombière, V, p. 306 (art. 1304, n. 30); Demolombe, XXIX, n. 146; Laurent, XIX, n. 55; Huc, VIII, n. 202, p. 251. — Civ. cass., 26 juill. 1825, S. chr., VIII, 1. 160. — Besançon, 1er mars 1827, S., 27. 2. 141, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 147-1o. — Paris, 22 juill. 1853, S., 54. 2. 49, D. P., 55. 2. 155. — Civ. cass., 1er mars 1882, S., 83. 1. 169, D. P., 83. 1. 110. — Req., 18 nov. 1884, S., 85. 1. 68, D. P., 85. 1. 101. — *Contra* Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, n. 53.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, V, p. 295 *in fine*-297 (art. 1304, n. 21-22); Demolombe, XXIX, n. 147; Huc, VIII, n. 202 *in fine*, p. 252. — Civ. rej., 13 mars 1849, S., 49. 1. 347, D. P., 49. 1. 229 : « Attendu, dit la cour suprême, que l'art. 1304 C. civ. décide que l'action en nullité ou rescision d'une convention pour cause de dol dure dix ans à partir du jour où le dol a été découvert, et n'exige pas que la preuve du dol soit faite préalablement à toute détermination

2042. 2° La seconde exception est relative à l'action en nullité ouverte par l'art. 225 contre un acte passé par une femme mariée non autorisée : « *Ce temps court... pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage* ». Ainsi, dans ce cas, le délai de la prescription court seulement du jour de la mort de l'époux prédécédé ou du jour du divorce [1].

Et il en est ainsi soit au profit de la femme, soit au profit du mari.

Mais cette disposition a un motif différent suivant qu'on l'envisage par rapport à celui-ci ou par rapport à celle-là. En ce qui regarde la femme, voici quelle est la pensée du législateur : aussi longtemps que, pour confirmer l'acte annulable, la femme aurait besoin de l'autorisation dont elle ne s'est pas pourvue pour la passation de cet acte, il ne serait pas rationnel de laisser la prescription commencer à courir. Quant au mari, la raison de la disposition de l'art. 1304, c'est que, pendant le mariage, son silence peut s'expliquer tout autrement que par l'intention de ratifier. En effet, il existe alors pour lui une impossibilité morale d'agir, en ce sens que l'exercice de cette action serait de nature à troubler la paix du ménage, à laquelle il se résignera la plupart du temps à sacrifier le prestige de son autorité.

de l'époque à laquelle il aura été découvert, s'il a existé ; — Attendu que l'époque de la connaissance des circonstances et indices sur lesquels l'allégation du dol est appuyée peut, en beaucoup de cas, être facilement distinguée de l'existence même du dol et de sa preuve ; — Attendu que l'un des motifs du législateur, en établissant la prescription décennale, a précisément été d'empêcher des débats inutiles, dans les cas où la connaissance depuis plus de dix ans des faits allégués rendrait toute preuve inopérante ».

[1] Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juill. 1884, la dissolution du mariage ne datait que de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. La loi du 28 avril 1886 a fait naître une controverse sur la question. D'après certains auteurs, le mariage est dissous à compter du jugement ou arrêt qui a prononcé le divorce ou, du moins, à dater du jour où cette décision a irrévocablement acquis l'autorité de la chose jugée. D'après d'autres, c'est seulement la transcription de cette décision sur les registres de l'état civil qui opère la dissolution du mariage. — V. pour l'exposé de cette controverse et dans le second sens, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, III (*Du divorce*), n. 245. — *Adde* dans le même sens, Huc, II, n. 393 ; Planiol, III, 1re et 2e édit., 605 et 607. — L'examen de cette question présente évidemment de l'intérêt au point de vue de la détermination du point de départ de la prescription décennale.

Cependant, d'après une autre opinion qui a été adoptée par M. Laurent, il conviendrait de décider qu'au regard du mari la prescription a pour point de départ la date même de l'acte annulable ou au moins celle du jour où le mari a eu connaissance de cet acte: L'art. 1304, il est vrai, ne distingue pas entre les époux. Mais, dit-on, peu importe! il n'avait pas à distinguer. Il décide, sans plus préciser, que le temps court « pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage ». Mais il ne s'ensuit point qu'il en soit ainsi à l'égard du mari. Quant à celui-ci, la question que le texte de l'art. 1304 laisse en suspens, doit être résolue d'après les principes généraux. Or, la règle est que la prescription commence à courir dès que le droit a pris naissance. Il n'y a aucune raison pour écarter, quant au mari, l'application de cette règle, car il est capable, et, par suite, s'il n'agit pas immédiatement, c'est parce qu'il renonce à l'action, en d'autres termes, parce qu'il confirme tacitement.

La distinction que nous avons faite des deux motifs de la disposition relative aux actes passés par la femme nous permettra de réfuter en quelques mots ce raisonnement. Il est inexact de prétendre que le silence du mari suppose de sa part une confirmation de l'acte annulable. Il s'explique tout naturellement, comme nous l'avons dit, par le désir d'éviter une cause de discorde entre époux. Dès lors, nous devons laisser au texte de l'art. 1304 sa portée générale et admettre qu'il profite aussi bien au mari qu'à la femme [1].

La prescription décennale qui a commencé à courir contre la femme par suite de la dissolution du lien conjugal, n'est pas arrêtée quand la femme convole à de nouvelles noces, car,

[1] *Sic* Toullier, VII, n. 613; Valette sur Proudhon, I, p. 467; Zachariæ, § 337, note 9; Colmet de Santerre, V, n. 265 *bis*-II; Aubry et Rau, V, 4e édit., 167-168, texte et note 124; Larombière, V, p. 297 (art. 1304, n. 23); Demolombe, XXIX, n. 150; Planiol, II, 1re édit., n. 1340 *in fine* et 2e édit., n. 1284 *in fine*. — Montpellier, 27 avril 1831, S., 32. 2. 77, D. P., 32. 2. 23, et D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2965, et v° *Mariage*, n. 938. — *Contra* Marcadé, IV, n. 876; Mourlon, II, n. 1491; Solon, *Des nullités*, II, n. 489; Laurent, XIX, n. 43; Arntz, I, n. 391 *in fine*, et III, n. 287; Thiry, III, n. 108 *in fine*, p. 135; Huc, VIII, n. 195, p. 247; Bufnoir, *op. cit.*, p. 731-733; Bordeaux, 30 avril 1872, S., 72. 2. 151, D. P., 73. 2. 32.

en disposant que le temps court seulement à partir de la dissolution du mariage, l'art. 1304 a uniquement en vue le mariage qui, au moment de la passation de l'acte annulable, rendait l'autorisation nécessaire [1].

2043. A peine est-il besoin de faire observer que si la cause de la nullité ou de la rescision d'un acte passé par une femme mariée n'est pas le défaut d'autorisation, la prescription peut commencer à courir pendant le mariage. Quand, par exemple, une femme mariée, d'ailleurs régulièrement autorisée, a contracté sous l'empire de l'erreur, du dol ou de la violence, la prescription commencera à courir pendant le mariage, si, avant la dissolution de celui-ci, la femme a cessé de subir la violence ou si elle a découvert soit l'erreur, soit le dol.

Toutefois, il en serait autrement si l'action était de nature à réfléchir contre le mari (art. 2256) [2] ou si elle était relative à l'aliénation des immeubles dotaux (art. 1560) [3].

2044. On sait que, depuis la loi du 6 février 1893 (nouvel art. 311, al. 3), la femme séparée de corps est dispensée de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Il ne faut point en conclure qu'aujourd'hui la séparation de corps fait courir la prescription de l'art. 1304. La loi précitée n'a nullement modifié la disposition de cet article. D'ailleurs, à raison de l'éventualité d'une réconciliation entre époux, il y a intérêt à ce que, dans le cas prévu, la prescription ne commence pas à courir.

2045. 3° L'art. 1304, al. 3, excepte également de la règle générale les actions en nullité ou en rescision fondées sur l'incapacité des mineurs : « Le temps ne court, à l'égard des » actes... faits par les mineurs, que *du jour de la majorité* ». Il en est ainsi dans tous les cas, par conséquent même quand le mineur est émancipé, et, dans cette hypothèse, notre dis-

[1] Demolombe, XXIX, n. 151 ; Larombière, V, p. 297 (art. 1304, n. 23). — Cpr. Duranton, XII, n. 541.

[2] Tel serait le cas si le mari avait été l'auteur ou le complice de la violence exercée contre sa femme.

[3] Toullier, VII, n. 613; Duranton, XII, n. 542; Larombière, V, p. 298 (art. 1304, n. 23); Demolombe, XXIX, n. 152; Huc, VIII, n. 195 *in fine*, p. 247 *in fine*. — Bordeaux, 27 juill. 1871, S., 72. 2. 221, D. P., 72. 2. 125.

position s'applique aussi bien aux actes faits depuis l'émancipation qu'à ceux faits antérieurement. C'est également du jour de la majorité que le temps court relativement aux actes faits par le tuteur, au nom du pupille, sans l'observation des formalités légales. Peu importe que celui-ci puisse ne pas avoir eu connaissance de ces actes, car, d'après un principe général, l'acte passé par le tuteur est réputé passé par le pupille [1]. Le texte de l'art. 1304 étant absolu, la prescription commence à courir à compter de la majorité, alors même que l'acte fait par le tuteur n'a été connu du pupille qu'à une époque ultérieure [2].

La prescription court d'ailleurs à partir de la majorité aussi bien lorsque les actes passés par le mineur sont rescindables pour lésion que lorsqu'ils sont annulables pour inobservation des formes, et, dans la première hypothèse, on n'a pas à tenir compte de cette circonstance que la lésion n'a été découverte que postérieurement.

2046. 4° De même la prescription de l'action en nullité qui compète aux interdits court seulement à partir du moment où l'incapacité a cessé : « Le temps ne court, à l'égard des » actes faits par les interdits, que *du jour où l'interdiction* » *est levée* ». Art. 1304, al. 3.

Les actes faits antérieurement à l'interdiction peuvent, nous le rappelons, être attaqués en vertu de la disposition de l'art. 503, si la cause de l'interdiction existait notoirement au moment où ils ont été passés. Supposons des actes annulables dans ces conditions : quel est le point de départ de la prescription de l'action par laquelle on peut demander leur nullité ? Cette prescription court à partir de la levée de l'interdiction et non pas dès la passation des actes. Peu importe que le premier alinéa de l'art. 1304 limite à dix ans la durée des conventions ; car, d'une part, c'est seulement par l'effet

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 279, note 32 et 5e édit., p. 459-460, note 32; Larombière, V, p. 303-304 (art. 1304, n. 26); Demolombe, XXIX, n. 154; Laurent, XIX, n. 41; Huc, VIII, n. 196, p. 248. — Civ. cass., 30 mars 1830, S., 30. 1. 238, D. P., 30. 1. 122, et D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2954.

(2) Aubry et Rau, Larombière, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Demolombe, XIX, n. 155. — Civ. cass., 30 mars 1830, précité.

de l'interdiction que naît l'action en nullité résultant de la disposition de l'art. 503, et, d'une façon générale, la prescription ne saurait commencer à courir pour les actions qui n'ont pas encore pris naissance, et, d'autre part, aux termes de l'art. 2252, la prescription ne court pas contre les interdits. Peu importe aussi que l'art. 1304, dans la première partie de son alinéa 3, vise exclusivement les actes « faits *par l'interdit* », par conséquent faits à un moment où l'interdiction était déjà prononcée. Notre solution découle, non de cette disposition, mais de la combinaison des deux principes que nous venons de rappeler ([1]).

2047. L'art. 1304 ne détermine pas spécialement le point de départ de la prescription relativement aux actes qu'une personne, pourvue d'un conseil judiciaire, a passés sans l'assistance de ce conseil, alors que celle-ci était nécessaire pour leur validité. Néanmoins on admet très généralement que le délai de dix ans court seulement à partir du jour où la défense de procéder sans conseil a été levée. Nous nous rangeons à cet avis; la prescription de l'art. 1304 repose sur une idée de confirmation tacite. Quand un acte fait par un individu soumis à un conseil judiciaire est annulable comme n'ayant pas été passé avec l'assistance de ce dernier, il ne saurait être confirmé sans la même assistance. La prescription de l'art. 1304, fondée sur une confirmation tacite, ne peut donc pas commencer à courir avant la levée de la nomination du conseil. On nous adresse une objection : les dispositions de l'article 1304 qui fixent le point initial de la prescription à une époque postérieure à la passation de l'acte, ont un caractère exceptionnel. Il n'est donc pas permis de les étendre. Nous répondons, avec M. Laurent, que l'exception dont il s'agit « implique un principe », à savoir celui-ci : pour que la pres-

([1]) *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 280, et 5e édit., p. 461; Demolombe, XXIX, n. 158; Laurent, V, n. 316, p. 377; Huc, VIII, n. 197, p. 249; Planiol, II, 1re édit., n. 1340 et 2e édit., n. 1284. — Aix, 17 fév. 1832, S., 32. 2. 264. — Chambéry, 19 janv. 1886, S., 88. 2. 16, D. P., 87. 2. 161. — *Contra* Toullier, VII, n. 616. — Nous reconnaissons d'ailleurs, que la plupart des raisons données par les arrêts précités ne sont pas juridiques. V. la note de M. Flurer sous l'arrêt de Chambéry, dans Dalloz. A notre avis, il faut invoquer exclusivement l'argument formulé ci-dessus.

cription de l'art. 1304 puisse commencer à courir contre les personnes légalement incapables, il est essentiel que cette incapacité disparaisse. Sans doute les individus pourvus d'un conseil judiciaire ne sont pas frappés d'une incapacité générale. Mais ils sont, du moins, légalement incapables pour beaucoup d'actes. Art. 499 et 513. Or, on suppose précisément qu'ils ont fait seuls une convention pour la validité de laquelle l'assistance du conseil leur était nécessaire et que, par suite, ils ne pourraient pas confirmer valablement sans la même assistance. La loi ne peut pas considérer une personne comme confirmant un acte lorsqu'elle la met elle-même dans l'impossibilité de confirmer. Enfin il n'est point exact que nous étendions, par analogie, aux individus pourvus d'un conseil judiciaire la disposition de l'art. 2252, qui suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits. Cette disposition est certainement de droit étroit. Mais nous ne prétendons point qu'une prescription soit suspendue au profit des prodigues et des faibles d'esprit. Nous disons que la prescription de l'art. 1304 ne peut pas commencer à courir contre eux. Or, ces deux propositions sont bien différentes. Il ne faut pas confondre l'imprescriptibilité temporaire avec la suspension de prescription. Dans notre cas, ce n'est pas de la seconde qu'il s'agit, mais bien de la première. Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'à l'égard des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, le point de départ du délai est reporté au jour où leur incapacité cesse ([1]).

2048. C'est dans les dix ans de l'ouverture de l'hérédité

([1]) *Sic* Duranton, III, n. 810; Marcadé, IV, n. 876, al. 2; Valette, *Cours de code civil*, I, p. 643, VI; Aubry et Rau, IV, 4 édit., p. 279, texte et note 33, et 5e édit., p. 400, texte et note 33; Demolombe, VIII, n. 766 et XXIX, n. 157; Larombière, V, p. 299 (art. 1304, n. 25); Laurent, XIX, n. 49; Arntz, I, n. 818, p. 478; Vigié, I, n. 912, p. 513; Huc, VIII, n. 200, p. 250 et III, n. 555; Thiry, I, n. 647, p. 631 et III, n. 108, p. 135; Bufnoir, *op. cit.*, p. 729; Planiol, II, 1re édit., n. 1340, et 2e édit., n. 1284. — Civ. cass., 8 avril 1891, S., 91. 1. 149, D. P., 91. 1. 454. — V. les conclusions de M. l'avocat général Desjardins. — *Contra* Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, II, 8e édit. suivant l'ordre du Code, n. 1166-3°, et 8e édit. conforme au programme des Facultés de droit, n. 405-3°. — Cpr. Angers, 27 juill. 1859, S., 60. 2. 29; D. P., sous l'arrêt de cass. postcité, et, sur pourvoi, Req., 6 juin 1860, S., 60. 1. 593, D. P., 60. 1. 339. — MM. Demolombe, Aubry et Rau et Laurent citent ces deux arrêts comme contraires à leur opinion; mais M. Larombière les interprète différemment. V. *loc. cit.*

que les héritiers d'un mineur ou d'un interdit, mort en état de minorité ou d'interdiction, doivent exercer l'action en nullité ou en rescision qui compétait à leur auteur. Dès cette époque, en effet, la prescription commence à courir contre eux, même s'ils n'ont pas eu connaissance de l'acte fait par leur auteur. Cette circonstance constitue simplement une impossibilité de fait, dont la loi n'a pas à tenir compte [1].

2049. L'article 39 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, a établi une nouvelle exception. Ce texte est ainsi conçu : « Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. — Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue qui aura souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés. — Et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé de courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers ». Si, dans la détermination du point de départ de la prescription, les auteurs de cette loi avaient adapté au cas par eux prévu la solution donnée, dans l'article 1304, relativement aux actes faits par l'interdit, ils auraient décidé, par analogie, que le temps courrait dès que le fou non interdit serait définitivement sorti de l'établissement d'aliénés. La disposition qu'on trouve dans la loi du 30 juin 1838 est certainement bien préférable. Grâce à elle, l'action en nullité ne peut pas s'éteindre par prescription quand celui à qui cette action appartient n'a plus souvenir de l'acte annulable ou peut-être même en a toujours ignoré la passation.

Ainsi, pour que le délai commence à courir, il faut que l'ancien interné ou, si celui-ci est décédé, que ses héritiers

[1] Toullier, VII, n. 714 ; Larombière, V, p. 298-299 (art. 1304, n. 24 et 25) ; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 280, et 5e édit., p. 462 ; Demolombe, XXIV, n. 162 ; Laurent, XIX, n. 50.

aient reçu une signification ou, du moins, qu'ils aient eu connaissance de l'acte annulable. Mais la preuve de ce dernier fait pourra être administrée non seulement par écrit, mais encore au moyen de témoignages ou de présomptions graves, précises et concordantes. Dans ce cas, en effet, ce qu'il faut prouver, c'est un pur fait dont il n'est pas possible de se procurer la preuve écrite (1).

Presque tous les auteurs enseignent que l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 ne doit pas être étendu à la prescription courant contre les actes faits par un interdit, celui-ci fût-il interné dans un établissement d'aliénés. Cette solution nous paraît s'imposer. On ne saurait dire que, relativement au point de départ de la prescription, la loi de 1838 a abrogé l'art. 1304 C. civ. en tant que ce dernier texte concernait les interdits. Cette loi ne renfermant aucune déclaration sur ce point, il ne pourrait être question que d'une abrogation tacite, c'est-à-dire découlant de l'incompatibilité qui existerait entre la disposition de l'art. 1304 et celle de l'art. 39 de la loi précitée. Mais ces deux dispositions ne sont nullement inconciliables. Il n'y a donc pas eu abrogation. Nous reconnaissons qu'il en résulte une inconséquence fort regrettable : les aliénés séquestrés sont moins bien protégés lorsque leur démence a été judiciairement constatée, par conséquent lorsqu'il est particulièrement rationnel de les protéger. Mais l'art. 39 de la loi de 1838, consacrant une exception, ne peut pas être appliqué, même en vertu d'un argument *a fortiori,* hors du cas pour lequel il a été écrit (2).

2050. Quant aux actes émanant d'un aliéné, ni interdit, ni séquestré, ils sont inattaquables s'ils ont été passés dans un intervalle lucide. Mais, s'il en a été autrement, ce sont, pour

(1) Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 537, note 42, et 5e édit., p. 828, note 42; Planiol, II, 1re édit., n. 1340, et 2e édit., n. 1284. — M. Demolombe, qui avait paru d'abord se prononcer en sens contraire, s'est rangé à cette opinion, VIII, n. 859.

(2) Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 538, note 43, et 5e édit., p. 828, note 43, et IV, 5e édit., p. 462, note 36 *bis*; Larombière, V, p. 298 (art. 1204, n. 24, alinéa 1er); Valette, *Cours de code civil*, I, p. 639 *in fine;* Laurent, V, n. 402, p. 499 *in fine;* Beudant, *Des personnes*, n. 1002 *in fine*, p. 634. — V. cependant, en sens contraire, Demante (édition continuée par Colmet de Santerre), II, n. 307 *bis*-II, al. 2; Demolombe, XXIX, n. 160, et surtout VIII, n. 860; Aubry et Rau, I, p. 488, n. 843; Thiry, III, n. 108, p. 134. — Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 734.

parler comme certains auteurs, des actes inexistants. L'art. 1304 ne sera donc pas applicable dans cette dernière hypothèse, car l'acte, n'étant qu'une pure apparence, ne pourra pas être confirmé tacitement (1).

La plupart des auteurs se prononcent dans un autre sens. Pour eux, l'acte qu'une personne ni interdite, ni séquestrée a passé en état de démence, est simplement annulable, et la disposition de l'art. 1304 doit lui être appliquée. Mais ces auteurs se divisent sur la détermination du point de départ de la prescription. D'après MM. Aubry et Rau, celle-ci court seulement du jour où la personne qui était privée de l'usage de ses facultés intellectuelles a définitivement recouvré la raison (2). Selon d'autres auteurs, c'est la date même de l'acte qui est le point de départ du délai. La seconde opinion est certainement plus juridique : au point de vue qui nous occupe, les aliénés ni interdits, ni séquestrés doivent demeurer sous l'empire du droit commun puisque la loi n'établit pas d'exception en leur faveur (3).

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 397; Demolombe, XXIV, n. 81; Laurent, V, n. 323, p. 385-386; XV, n. 464, p. 534; XIX, n. 48, p. 49; Huc, VII, n. 11, p. 20; Beudant, *Des personnes*, II, p. 573. — *Contra* Duranton, III, n. 782; Larombière, V, p. 300 (art. 1304, n. 25); Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 290, texte et note 4, et 5e édit., p. 478, texte et note 4. Ces derniers auteurs reconnaissent qu'en pure théorie, c'est l'opinion par nous soutenue qui doit être admise; mais ils estiment que « notre droit actuel, d'accord avec la doctrine de nos anciens auteurs, ne voit en général, dans l'oblitération permanente ou passagère des facultés intellectuelles, qu'un défaut de capacité ou un simple vice du consentement, qui n'empêche pas la formation même du contrat et qui, faisant obstacle seulement à sa validité, ne donne lieu qu'à une action en nullité, exclusivement ouverte au profit de l'incapable et soumise à la prescription établie par l'art. 1304 ». — Dans une remarquable décision du 21 janvier 1885, la cour de Toulouse a très nettement posé les principes de la matière : « Attendu qu'il ne faut pas confondre l'absence absolue, l'impossibilité de consentement, avec les vices entachant un consentement qui a été et pu être donné; que, dans le premier cas, le contrat est nul de plein droit, réputé inexistant, tandis que, dans le second cas, il est simplement annulable ». D. P., 86. 2. 73. — Cpr. Lyon, 24 août 1831, S., 32. 2. 84. — Mais, en sens contraire, Bordeaux, 14 janv. 1857, S., 57. 2. 353, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2959. — Caen, 19 mars 1864, *Rec. de Caen et de Rouen*, 64. 1. 82. — Bruxelles, 18 nov. 1867, *Pasicrisie*, 68. 2. 108. — Poitiers, 30 oct. 1893, S., 95. 2. 225 (note de M. Lacoste, qui adopte l'autre opinion). — Bordeaux, 22 avril 1896, S., 96. 2. 232, D. P., 96. 2. 455.

(2) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 280, texte et note 35, et 5e édit., p. 461, texte et note 35.

(3) Huc, VIII, n. 198, p. 250. — Bordeaux, 14 janv. 1857, Bruxelles, 18 nov. 1867, Poitiers, 30 oct. 1893, et Bordeaux, 22 avril 1896, précités.

2051. En dehors des exceptions que nous venons d'énumérer, la règle générale reprend son empire, et c'est le jour même de l'acte qui est le point initial de la prescription décennale. Nous en tirerons quelques conclusions pratiques :

1° La prescription de l'action en rescision pour cause de lésion entre majeurs [1], court à compter du jour de l'acte qui lui a donné naissance, et non pas à partir de l'époque où la lésion a été découverte. La loi le dit textuellement en ce qui concerne la vente d'immeuble. Art. 1676;

Mais que décider en ce qui regarde l'action en rescision qui milite contre un partage d'ascendant, fait par acte entre vifs, lorsqu'il est entaché de lésion [2]? D'après nous, c'est à compter de la passation même de l'acte, et non pas seulement à partir du décès de l'ascendant, que cette action devient prescriptible.

2° D'après la jurisprudence, la nullité de l'adjudication prononcée en contravention de l'art. 711 C. pr. civ., au profit d'un membre du tribunal devant lequel se poursuit la vente sur saisie immobilière, n'est pas une nullité d'ordre public. Elle a été établie dans l'intérêt exclusif du poursui-

[1] Quant aux actes passés par les mineurs, la prescription court à partir du jour de la majorité, que ces actes soit rescindables pour lésion ou annulables pour inobservation des formes. L'art. 1304 ne distingue pas. — V. *supra*, n. 2045.

[2] La solution de cette question dépend du parti qu'on prend sur le point de savoir si la donation-partage, quand elle est faite entre-vifs, vaut comme partage dès qu'elle a eu lieu, ou seulement à partir du décès de l'ascendant. Préférant la première de ces opinions, nous devons logiquement en déduire la proposition formulée au texte. — V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, II, n. 3710-3714, p. 722-724, et n. 3656-3663, p. 698-703. — Dans le même sens Colmet de Santerre, IV, n. 247 *bis*-XII, p. 475-478; Larombière, V, p. 322-327 (art. 1304, n. 41); Laurent, XV, n. 116, p. 148-150; Huc, VI, n. 434, p. 558-561. — V. en sens contraire Marcadé, IV, n. 274 et 877; Troplong, *Donations*, IV, n. 2231; Aubry et Rau, VIII, 4e édit., p. 41, et IV, 4e édit., p. 279, et 5e édit., p. 459; Demolombe, XXIII, n. 220; Vigié, II, n. 1010, p. 458; Thiry, II, n. 514, p. 509. — La cour de cassation a d'abord adopté la première opinion. V. Req., 12 juil. 1836, S., 36. 1. 534, Dall., *Repert. alph.*, v° *Prescription civile*, n. 1082; 4 fév. 1845, S., 45. 1. 306, D. P., 45. 1. 49. — Pour les arrêts d'appel rendus dans ce sens, voyez Fuzier-Herman, *Code civ. ann.*, art. 1079, n. 105. — Mais, depuis de longues années, la cour suprême a abandonné sa première jurisprudence. V. Civ. cass., 16 juil. 1849, S., 49. 1. 622, D. P., 49. 1. 237; 23 mars 1887, S., 87. 1. 152, D. P., 87. 1. 400. — Cpr. Civ. cass., 14 juil. 1852, S., 52. 1. 749. — Les arrêts de cour d'appel sont rapportés dans Fuzier-Herman, *op. cit.*, art. 1079, n. 110. Cpr. n. 111-112.

vant, du saisi et des créanciers. Mais, si l'adjudication a eu lieu par personne interposée, quel est le point de départ du délai ? La jurisprudence décide que ce n'est pas le jour de l'adjudication, mais bien celui où l'interposition de personne a été connue de la partie lésée (1). Elle part de cette idée que, si, en principe, la prescription de l'art. 1304 court de la date même de l'acte attaqué, son point de départ peut être changé par suite d'erreur, de violence « ou autre circonstance semblable » (2). Cette proposition n'est point juridique. Elle donne aux juges toute liberté pour étendre les exceptions.

3° Pareillement, lorsque les départements, les communes et les établissements publics ont à exercer une action en nullité, ils doivent le faire dans les dix ans à compter de l'acte. L'incapacité de ces personnes morales est perpétuelle, et, par conséquent, subordonner quant à elles le cours de la prescription de l'art. 1304 à la cessation de leur incapacité, ce serait rendre cette prescription impossible à leur égard. En d'autres termes ce serait admettre à leur profit une véritable imprescriptibilité. Mais, pour qu'il pût en être ainsi, un texte de loi serait indispensable. Or, bien loin d'avoir écrit une pareille disposition, le législateur, dans l'art. 2227, décide en termes généraux que « l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis *aux mêmes prescriptions* que les particuliers.... », donc à celle de l'art. 1304 comme aux autres (3).

2052. On a vu que, dans plusieurs cas, le législateur fixe

(1) Civ. cass., 1er mars 1882, S., 38. 1. 169, D. P., 83. 1. 110. — Sur renvoi, Orléans, 7 juill. 1883, S., 83. 2. 247, D. P., 83. 5. 397. — Sur nouveau pourvoi, Req., 18 nov. 1884, S., 85. 1. 68, D. P., 85. 1. 101.

(2) Civ. cass., 1er mars 1882, précité.

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. III, § 6, n. 5; Troplong, *De la prescription*, I, n. 196; Vazeille, *Des prescriptions*, II, n. 533; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 273, texte et note 12, et 5e édit., p. 451, texte et note 12; Larombière, V, p. 351 (art. 1304, n. 49); Laurent, XIX, n. 17, p. 24; Huc, VIII, n. 193, p. 246; Planiol, II, 1re édit., n. 1341, *in fine*, et 2e édit., n. 1285, *in fine*. — Req., 12 janv. 1874, S., 74. 1. 290, D. P., 74. 1. 161. — Civ. rej., 18 mai 1886, D. P., 87. 1. 121. — Req., 23 fév. 1887, S., 89. 1. 313, D. P., 87. 1. 177. — Trib. de Gray, 18 avril 1889, S., 91. 2. 69. — Aix, 24 juil. 1893, S., 95. 2. 169 et, sur pourvoi, Req., 8 janv. 1895, S., 95. 1. 278, D. P., 95. 1. 111. — Grenoble, 11 mai 1897, D. P., 98. 2. 428. — Peu importe que l'action en nullité soit portée devant la juridiction administrative. Cons. d'Etat, 16 juin 1877, S., 79. 2. 155, D. P., 77. 3. 99.

le point de départ de la prescription décennale de l'art. 1304 à une époque postérieure à la passation de l'acte annulable ou rescindable. C'est ainsi que, pour la convention faite sous l'empire du dol ou de l'erreur, le temps court seulement du jour où a été découvert le vice du consentement. C'est ainsi encore que, pour les actes passés par la femme mariée non autorisée, le délai se calcule à compter de la dissolution du mariage. Il est donc possible que trente années se soient écoulées depuis la passation de l'acte sans que la prescription de l'art. 1304 soit acquise. Dans cette hypothèse, celui à qui appartient l'action en rescision ou en nullité peut-il encore l'exercer ? Nous ne le pensons pas. L'art. 2262 dispose en termes absolus que *toutes* les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans. C'est là un principe d'intérêt général, une des garanties de l'ordre social. Donc, soit à raison de la formule employée pour l'exprimer, soit à raison de son caractère, la disposition de l'art. 2262 s'applique aussi bien aux actions en rescision ou en nullité qu'aux autres actions. D'ailleurs les motifs des dispositions écrites dans les alinéas 2 et 3 de l'article 1304 n'impliquent nullement que le législateur a eu l'intention de prolonger au delà de trente ans la durée des actions en nullité ou en rescision. Il a simplement cru devoir, pour certains cas, atténuer la rigueur de la disposition formulée dans l'alinéa premier du même article. Sa pensée a été la suivante : Si, dans ces cas, la personne à qui appartient l'action n'a pas trente ans pour l'intenter, en d'autres termes, si, quant à la prescription, elle est placée sous un régime plus désavantageux pour elle que le droit commun, du moins les dix ans qui lui sont accordés ne doivent-ils être calculés que du jour où elle a pu agir.

Il résulte sans doute de la disposition de l'article 2264 que les règles générales posées dans le titre XX du livre III ne sont pas applicables aux prescriptions pour lesquelles il y a été dérogé par des dispositions spéciales. Mais cette proposition ne contrarie nullement notre solution. Que, dans notre hypothèse, le temps requis pour la prescription de l'art. 1304 ne se soit pas écoulé, voilà qui est indifférent, puisque c'est en vertu de l'art. 2262 que l'action est prescrite, et non en

vertu de l'art. 1304. On ne saurait dire qu'au mépris de la disposition de ce dernier texte, nous déterminons d'après la règle de droit commun le point de départ de la prescription de l'art. 1304. Nous prétendons — ce qui est bien différent! — que, dans l'hypothèse prévue, cette dernière prescription perd sa raison d'être. On objecte que, dans notre opinion, le délai se trouve avoir couru à un moment où l'acte ne pouvait pas être confirmé. Peu importe, puisqu'il s'agit ici de la prescription trentenaire et que celle-ci, à la différence de la prescription de l'art. 1304, n'a pas pour fondement une idée de confirmation tacite [1].

[1] *Sic* Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 282, texte et note 42, et 5e édit., p. 464-465, texte et note 42; Laurent, XIX, n. 53 ; Huc, VIII, n. 203, p. 252. — Paris, 22 juil. 1853, S., 54. 2. 49, D. P., 55. 2. 155. — *Contra* Seligman, *Rev. crit.*, 1854, V, p. 447; Demolombe, XXIX, n. 165; Larombière, V, p. 305-306 (art. 1304, n. 29) ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, 8e édit., suivant l'ordre du Code civil, n. 1167, et 8e édit., conforme au programme des Facultés de droit, n. 406; Valette, Duranton et Demante, *Consultation* rapportée en partie dans Sirey, sous Paris, 22 juil. 1853, précité ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 741-742 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1348, et 2e édit., n. 1292. — M. Demolombe paraît penser que notre système présente ce grave inconvénient de nous conduire à méconnaître la disposition de l'art. 1560 et celle de l'art. 2255. Supposons qu'une femme mariée a consenti avec l'autorisation de son mari l'aliénation d'un de ses immeubles dotaux. Durant le mariage, plus de trente années se sont écoulées à partir de cette aliénation, la femme est devenue veuve, et, dans les dix ans de la dissolution du mariage, elle demande la nullité de l'aliénation. D'après M. Demolombe, il faudrait logiquement, dans notre opinion, décider que l'action est prescrite. Or, fait-il observer, on lit dans l'al. 1 de l'art. 1560 : « Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être expliqués, la femme, ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, *sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée...* » Et l'art. 2255 est ainsi conçu : « Néanmoins elle (la prescription) *ne court point pendant le mariage* à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément à l'art. 1561 (1560), au titre du *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* ». Une conséquence forcée de notre système serait donc la violation de ces deux textes formels, XXIX, n. 166. Cette proposition est inexacte. Si les art. 1560 et 2255 n'existaient pas, nous devrions, en effet, décider que, dans l'espèce, l'action en nullité est prescrite. Mais les deux dispositions précitées ont pour effet d'exclure cette conséquence de notre système : « Sans qu'on puisse leur opposer *aucune* prescription pendant sa durée », dit l'art. 1560. *Aucune* prescription, donc, pas plus la prescription trentenaire que toute autre. De son côté, l'art. 2255 dispose que *la prescription ne court pas pendant le mariage* en ce qui concerne l'aliénation d'un fonds dotal. On le voit, il ne distingue pas au surplus ce dernier texte, qui est un rappel de l'art. 1560, figure dans une section relative aux causes qui suspendent le cours de la prescription en général, par conséquent de la prescrip-

CHAPITRE VI

DES PREUVES

NOTIONS GÉNÉRALES

2053. Il convient d'abord de déterminer la portée des règles que nous allons étudier et d'expliquer pourquoi nous modifions l'intitulé du chapitre VI. Ce chapitre figurant dans un titre qui a pour rubrique « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* », on pourrait supposer qu'il s'occupe exclusivement de la preuve des obligations résultant des contrats. Or il n'en est point ainsi, car il réglemente aussi la preuve des obligations procédant d'une autre source, quelle qu'elle soit, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi.

De plus l'intitulé même de notre chapitre, qui est ainsi conçu « *De la preuve des obligations et de celle du paiement* », est de nature à induire en erreur à un double point de vue : en premier lieu, il semble indiquer qu'en ce qui regarde les modes d'extinction des obligations, il s'agit seulement de la preuve du paiement proprement dit, alors qu'il s'agit en réalité de la preuve de tous ces modes d'extinction, tels que la novation, la remise de dette, la compensation. C'est ce qui résulte du texte même de l'art. 1315 (arg. de ces mots « *le paiement ou le fait qui a produit l'extinction* de son obligation »). Les auteurs du Code civil, qui se sont inspirés ici du *Traité des obligations* de Pothier, ont maladroitement modifié l'intitulé de la partie de son ouvrage consacrée à cette matière : *De la preuve tant des obligations que de* LEURS PAIEMENTS. Le mot *paiements*, employé au pluriel, indique d'une manière évidente que le jurisconsulte d'Orléans enten-

tion trentenaire. Aussi ne prétendons-nous pas que le temps couru pendant le mariage compte pour celle-ci. Est-ce à dire que nous ne soyons pas conséquents avec notre principe? Non certes, on serait mal venu à reprocher aux commentateurs un manque de logique, lorsque, au point de vue du droit positif, ils refusent d'admettre une conséquence qui est proscrite par un texte formel. Le législateur est libre de restreindre, comme il l'entend, le domaine d'un principe, et ceux qui expliquent les lois ne sont pas responsables de ses décisions.

dait parler des modes de libération en général. En un mot, Pothier donne ici à l'expression *paiement* le sens large qu'avait en droit romain le mot *solutio*.

En second lieu la plupart des règles que nous allons étudier s'appliquent non seulement à la preuve des faits qui engendrent ou éteignent des obligations, mais encore à celle des faits qui engendrent, modifient ou éteignent des droits réels. Elles sont, en effet, générales de leur nature, et, si l'on repoussait cette extension, on se trouverait sans aucune règle légale pour la preuve en matière de droits réels. La portée restreinte de l'intitulé du chapitre VI s'explique naturellement : le législateur de 1804 a suivi, trop servilement peut-être, la méthode de Pothier qui exposait la théorie des preuves à propos des obligations (1).

Les dispositions, que nous allons développer, renferment donc toutes les règles générales sur les preuves en ce qui concerne les droits réels et les droits personnels, c'est-à-dire l'ensemble des *droits relatifs au patrimoine*. Quant à la preuve des *droits de famille*, le livre I du Code civil présente sur chaque matière spéciale une organisation particulière.

2054. *Prouver* une proposition, c'est en démontrer l'exactitude : « On appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité », dit Domat (2).

Tel est du moins le sens usuel du mot *preuve*. Car, dans la langue du droit, il a une signification beaucoup plus restreinte ; il désigne alors *la démonstration, à l'aide des moyens autorisés par la loi, de l'exactitude d'un fait, qui sert de fondement à un droit prétendu*. La preuve ainsi entendue est la seule qui soit reçue en justice ; on l'appelle pour cette raison *preuve judiciaire*.

Nous allons analyser cette définition.

2055. *a*. La preuve judiciaire consiste d'abord dans la démonstration d'un *fait*. La démonstration des règles du droit

(1) Marcadé, V, p. 2 ; Mourlon, II, n. 1513 ; Colmet de Santerre, V, n. 276 *bis*-I ; Larombière, V, p. 445-446 (art. 1315, n. 7) ; Demolombe, XXIX, n. 181 ; Laurent, XIX, n. 81.

(2) *Lois civiles*, 1re partie, liv. III, tit. VI (édit. Rémy, II, p. 137).

positif rentre dans une théorie toute spéciale soumise à d'autres principes, la théorie de l'interprétation des lois [1]. Il en est toutefois autrement : 1° si la contestation porte sur l'existence d'un usage, dans les cas où l'usage a force de loi; ici la preuve du droit revient en définitive à celle des faits constitutifs de l'usage [2]; 2° si les juges français sont appelés à appliquer une loi étrangère [3].

2056. *b.* La preuve judiciaire ne peut émaner que de *certains procédés consacrés par la loi.* Tout moyen de nature à persuader et à convaincre les hommes ne constitue donc pas une preuve dans l'acception juridique du mot; le législateur, pour prévenir les dangers que peut faire courir aux particuliers l'arbitraire du juge, a d'abord énuméré limitativement les modes de preuve; il a déterminé en outre dans quels cas et sous quelles conditions chacun de ces modes de preuve peut être admis pour servir de base à un jugement. Ces modes varient, et l'étendue de leur application est plus ou moins large, suivant qu'on est en matière civile, commerciale ou criminelle; mais le principe reste le même : le juge, en cette qualité, ne peut former sa conviction que d'après les moyens légaux, et la preuve n'est réputée légalement faite que lors-

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 152; Larombière, V, p. 457 (art. 1315, n. 17); Demolombe, XXIX, p. 183.

(2) Aubry et Rau, VIII, p. 152, texte et note 4; Demolombe, XXIX, n. 184.

(3) La partie qui invoque la disposition de loi étrangère doit en prouver l'existence. *Sic* Demangeat sur Fœlix, *Dr. intern. privé*, I, p. 220, note *a;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, XXIX, n. 185; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 80; Westlake, *Rev. de dr. intern.*, XIII (1882), p. 304; Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. intern. priv.*, v° *Loi étrangère*, n. 1. — Trib. civ. Seine, 9 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 57, *Journ. de dr. intern. priv. de Clunet*, 86, p. 593. — Chambéry, 23 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 85. 2. 135, *Clunet*, 85, p. 665. — Trib. civ. Seine, 17 avril 1885, *Clunet*, 86, p. 593. — Bordeaux, 1er mars 1889, S., 92. 2. 76, D. P., 90 2. 89. — Trib. comm. Seine, 14 oct. 1891, *Clunet*, 92, p. 681. — La jurisprudence étrangère est dans le même sens Trib. de l'empire d'Allemagne, 14 fév. 1871, *Clunet*, 74, p. 80. — Trib. d'Anvers, 14 nov. 1878, *Pasicr.*, 79. 3. 164. — Cour d'appel de New-York, 6 mars 1883, *Clunet*, 84, p. 428. — Mais, d'après plusieurs auteurs, le juge doit, quand une loi étrangère est invoquée devant lui, s'enquérir de ses dispositions et même l'appliquer d'office. Laurent, *Le dr. civ. intern.*, II, n. 262 s.; Asser et Rivier, *Élém. de dr. intern. privé*, n. 9, 12, 13, p. 32, 34 et 35; Despagnet, *Préc. de dr. intern. priv.*, 3e édit., n. 19, p. 45-48; Weiss, *Tr. élém. de dr. intern. priv.*, 2e édit., p. 295; Planiol, II, 1re édit., n. 7-3°, et 2e édit., n. 6-3°.

qu'elle est administrée suivant les formes de procédure et dans les cas déterminés par la loi [1].

Il suit de là que le juge n'est jamais autorisé, pour déclarer un fait constant, à s'en rapporter à la connaissance qu'il a pu acquérir en dehors de l'instruction du procès. Cette connaissance personnelle, obtenue par des moyens qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction, ne peut offrir aucune garantie [2].

2057. *c.* Il faut enfin que le fait que l'on demande à prouver serve de *fondement à un droit prétendu :* c'est-à-dire qu'il doit être de nature, s'il est établi, à entraîner la conviction du juge sur l'existence de ce droit. A quoi bon prouver des faits, qui, une fois constatés, ne sont pas susceptibles de justifier la prétention de celui qui les allègue ? *Frustra probatur quod probatum non relevat*, dit un vieil adage [3]. Le Code de procédure civile en offre une application particulière relativement à la preuve testimoniale, lorsqu'il subordonne l'admission de l'enquête à la condition que les faits soient pertinents et concluants ; mais on doit généraliser cette solution, et l'étendre à toute espèce de preuves [4].

2058. Ainsi, d'après la définition que nous venons de développer, la preuve, au point de vue juridique, est la démonstration, par certains moyens légaux, de l'exacti-

(1) Civ. cass , 22 fév. 1897, S., 97. 1. 327, D. P., 98. 1. 114; 23 avril 1902, S., 1902. 1. 260, *Pand. fr.*, 1902. 1. 319, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 733. — V. aussi Aix, 27 nov. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 640.

(2) Toullier, VIII, n. 39; Duranton, XIII, n. 9; Bonnier, *op. cit.*, I, n. 101; Zachariæ, § 749, texte et note 7; Aubry et Rau, VIII, p. 153; Larombière, V, p. 466 (art. 1316, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 201; Laurent, XIX, n. 83. — Riom, 3 nov. 1809, S. chr., III, 2. 143, D. *Rép. alph.*, v° *Jugement*, n. 35; *Mariage*, n. 747-3°. — Rennes, 29 fév. 1820, S. chr., VI, 2. 216, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4621. — Civ. cass., 16 janv. 1339, S., 39. 1. 111, D., *op. cit.*, v° *Descente sur les lieux*, n. 22-1°. — Montpellier, 23 nov. 1852, S., 53. 2. 239, D. P., 53. 2. 232. — Bastia, 7 fév. 1855, S., 55. 2. 137, D. P., 55. 2. 188. — Civ. cass., 28 avril 1874, S., 74. 1. 320, D. P., 74. 1. 240; 21 mai 1878, D. P., 78. 1. 263; 8 juill. 1885, S., 85. 1. 480, D. P., 86. 1. 204; 3 août 1887, S., 87. 1. 320, D. P., 87. 5. 351; 13 avril 1892, S., 95. 1. 359. — Paris, 17 nov. 1898, *Loi*, 23 janv. 1899. — Cpr. Limoges, 14 mars 1894, S., 97. 2. 49.

(3) Cet adage est emprunté à la L. 21 C., *De probat.*, IV, 19.

(4) Bonnier, *op. cit.*, I, n. 61; Aubry et Rau, VIII, p. 154, texte et note 10; Larombière, V, p. 457-458 (art. 1315, n. 18); Demolombe, XXIX, n. 213; Laurent, XIX, n. 89.

tude de faits servant de fondement à des droits prétendus.

Mais le mot preuve peut être pris dans deux autres acceptions : il signifie aussi les procédés dont il est permis d'user pour faire naître la conviction dans l'esprit du juge. On dit, par exemple, que, dans certaines matières, toutes les preuves ne sont pas admissibles.

Le mot preuve sert enfin à désigner le résultat qu'on poursuit en employant un de ces procédés. On dit notamment qu'une personne a fait ou n'a pas fait telle preuve (1).

2059. La matière des preuves rentre à la fois dans la procédure et dans le droit civil proprement dit. Les règles qui déterminent dans quelles formes les preuves doivent être administrées appartiennent à la procédure. Mais, à certains égards, notre sujet se rattache au droit civil. D'abord le point de savoir quel est le mode de preuve autorisé dans un cas déterminé dépend de la nature même de l'acte, et, par conséquent, c'est une question de fond, en d'autres termes une question réglée par le droit civil. D'ailleurs, les preuves sont, très souvent, fournies alors qu'il n'y a point litige, et, par suite, en dehors de toute procédure. Enfin certaines preuves, appelées pour cela preuves *préconstituées,* sont préparées d'avance pour le cas où elles deviendraient utiles. C'est le droit civil qui réglemente leur confection et qui détermine leur force.

2060. Il y a le plus grand intérêt pratique à savoir qui doit prouver. D'abord c'est surtout dans les combats judiciaires qu'il y a plus de péril à attaquer qu'à se défendre, et l'on emploie une locution aussi juste qu'expressive quand on parle du *fardeau* de la preuve. Et puis, lorsque la partie qui était tenue de prouver n'a pas fait la preuve ou n'a fourni qu'une preuve insuffisante, le juge doit décider contre elle (2).

L'art. 1315 répond à la question : « *Celui qui réclame* » *l'exécution d'une obligation, doit la prouver. — Récipro-*

(1) Colmet de Santerre, V, n. 276 *bis*-II; Larombière, V, p. 442 443 (art. 1315, n. 3); Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 151-152; Demolombe, XXIX, n. 182; Laurent, XIX, n. 82; Planiol, II, n. 2.

(2) *Actore enim non probante, qui conveniitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit,* L. 4, C, *De eden lo,* II, 1.

» *quement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paie-* » *ment ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». Ces deux propositions, extraites du *Traité des obligations* de Pothier [1], présentent le même défaut que l'intitulé de notre chapitre : elles ne sont formulées qu'au point de vue des droits personnels. Faisant ce que le législateur aurait dû faire, nous nous placerons à un point de vue plus général, et nous réglerons la charge de la preuve, quelle que soit la nature du droit prétendu.

Le principe, dont l'art. 1315 n'exprime que des conséquences, c'est que la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ou bien à une situation acquise. Rien de plus rationnel. Lorsqu'un fait juridique est l'objet d'une contestation entre deux personnes, avant que le juge ait pu vérifier leurs affirmations contradictoires, l'état de choses que la loi considère comme ordinaire et régulier, doit être présumé exister; on peut sans doute le renverser et lui substituer un état exceptionnel; mais la charge de la preuve pèse naturellement sur celui qui élève une telle prétention. De même, lorsqu'une situation quelconque est démontrée exister, il est encore permis de la détruire et de la remplacer par une autre; mais la situation acquise doit jouir des mêmes prérogatives que la situation naturelle : on présume qu'elle existe toujours. Il faut donc également exiger que la partie qui prétend innover, changer le *statu quo,* établisse préalablement la modification qu'elle allègue [2].

L'état normal et habituel, c'est l'indépendance réciproque des hommes, du moins au point de vue de ces devoirs juridiques que l'on appelle *obligations,* puisqu'ils ne naissent que de faits déterminés, exceptionnels [3]. De là cette consé-

[1] « Celui qui se prétend créancier de quelqu'un, est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée : au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur, qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement ». N. 729, al. 1er (édit. Dupin, I, p. 436).

[2] Marcadé, V, sur l'art. 1315, n. I ; Mourlon, II, n. 1515; Bonnier, *op. cit.*, n. 35-36; Aubry et Rau, VIII, p. 155, note 13; Larombière, V, p. 454-456 (art. 1315, n. 16); Demolombe, XXIX, n. 187; Laurent, XIX, n. 91; Huc, VIII, n. 218.

[3] Cpr. Civ. cass., 12 mars 1850, S., 50. 1. 257, D. P., 50. 1. 86.

quence, exprimée dans l'alinéa 1 de l'art. 1315 : « Celui qui » réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver ».

En matière de propriété, le fait normal et ordinaire, c'est que le droit appartient à celui qui l'exerce, c'est-à-dire au possesseur. Donc c'est au non possesseur qui revendique une chose, de prouver son droit de propriété sur elle. Le possesseur est présumé propriétaire [1].

A un autre point de vue, la situation normale, c'est la liberté des héritages : en général, la propriété des fonds est libre et complète. Par suite le propriétaire qui intente l'action appelée *confessoire*, par laquelle il conclut à la reconnaissance et à l'exercice d'une servitude sur la chose d'autrui, est tenu de justifier de la cause du droit prétendu. De même, le propriétaire, qui, prenant l'initiative, forme une action *négatoire* par laquelle il conclut à ce que son fonds soit reconnu libre de toute servitude envers une personne déterminée, n'a pas à prouver la liberté de son immeuble ; il lui suffit de faire la preuve de son droit de propriété.

Mais il peut arriver en fait, comme nous l'avons vu, que l'état de choses naturel et ordinaire soit remplacé par un état contraire parfaitement établi : c'est la situation acquise.

En matière d'obligation, l'état de créancier constitue une situation acquise, quand l'existence de la créance a été prouvée ; par conséquent, si le débiteur veut changer cette situation, s'il se prétend libéré, c'est à lui, comme le dit très bien l'art. 1315, al. 2, de « justifier le paiement ou le fait qui produit » l'extinction de son obligation ». — De même, lorsque le revendiquant a démontré que la chose lui appartient, son droit de propriété, bien que séparé de la possession, est devenu une situation acquise, et c'est, par suite, au possesseur de la chose

[1] Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 390, et 5e édit., p. 562 ; Demolombe, XXIX, n. 189 ; Laurent, XIX, n. 91, al. 2. — Req., 14 fév. 1831, S., 31. 1. 73, D., *Répert. alph.*, vo *Preuve*, n. 20 ; 23 nov. 1840, 21 mars 1842, 8 fév. 1843, D., *op. cit.*, vo *Prescription civile*, n. 263. — Civ. cass., 22 nov. 1847, D. P., 47. 1. 378. — Req., 2 fév. 1857, S., 57. 1. 650, D. P., 57. 1. 253. — Civ. cass., 10 janv. 1860, D. P., 60. 1. 74. — Req., 16 avril 1860, D. P., 60. 1. 251 ; 11 nov. 1861, S., 62. 1. 41, D. P., 62. 1. 94 ; 22 mai 1865 (motifs), S., 65. 1. 359, D. P., 65. 1. 473. — Bordeaux, 14 juin 1877, S., 79. 2. 324. — Req., 26 mars 1879, S., 79. 1. 294, D. P., 81. 1. 83. — Civ. cass., 9 nov. 1886, S., 87. 1. 54, D. P., 87. 1. 246.

qui veut la conserver de prouver qu'il l'a faite sienne par un acte postérieur.

Toute cette théorie a été résumée dans ces trois maximes courantes : *Actori incumbit onus probandi; Negantis, naturali ratione, nulla est probatio; Reus in exceptione fit actor.* Propositions empruntées aux jurisconsultes romains et qui sont rigoureusement exactes à la condition d'être bien comprises.

2061. *Actori incumbit onus probandi.* On ne veut pas dire par là que le fardeau de la preuve est imposé dans tous les cas à celui qui intente l'action ; car le défendeur, nous allons le montrer, peut avoir, lui aussi, à justifier de certains faits. Cette maxime signifie seulement que le demandeur doit *le premier* faire une preuve ; il doit établir l'exactitude des faits qui servent de base à sa demande ; elle tend nécessairement en effet à renverser l'état normal des choses ou une situation acquise (1).

2062. Quant au défendeur, il peut repousser de deux manières l'action dirigée contre lui.

Ou bien il se bornera à nier purement et simplement les faits qui servent de fondement à la demande ; par exemple, aux conclusions du demandeur lui réclamant le paiement d'une somme prêtée, il se contente de répondre : « Je ne vous dois rien, vous ne m'avez rien prêté ». Dans ce cas, il n'est tenu de fournir aucune preuve. C'est le sens de cette maxime *Negantis naturali ratione nulla est probatio,* qui n'est, d'ailleurs, que la conséquence évidente et nécessaire de la première (2).

Ou bien le défendeur combat la demande par des affirmations qui n'en sont pas la négation directe. Il prétend, par exemple, qu'il ne doit pas la somme prêtée, parce qu'il l'a restituée, ou parce qu'il y a eu compensation, remise de dette, etc. Cette défense implique la reconnaissance du fait qui sert de cause au droit prétendu : ce n'est que d'une manière indirecte qu'elle tend à repousser l'action. On dit

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1315, n. 1 ; Mourlon, II, n. 1515.

(2) Duranton, XIII, n. 2 ; Marcadé, V, sous l'art. 1315, n. II, al. 3 ; Mourlon, II, n. 1516 ; Larombière, V, p. 445 (art. 1315, n. 6).

alors que le défendeur oppose une *exception,* une exception de paiement, de compensation ou de remise de dette. L'exception est donc un *moyen de défense qui ne contredit pas directement la prétention du demandeur.* Elle consiste, en d'autres termes, dans l'allégation d'un fait nouveau, en vue de renverser une situation acquise. Par conséquent le défendeur se trouve, quant à la preuve des faits sur lesquels est fondée son exception, dans la même position que le demandeur, quant à la preuve de ceux qui servent de base à sa demande, et c'est là ce que signifie la proposition *Reus in exceptione fit actor.*

2063. Toutefois, ces maximes, que nous venons d'expliquer, sont formulées d'une façon trop étroite : elles indiquent seulement qui doit prouver la demande et l'exception, alors que les contestations judiciaires présentent souvent d'autres phases. Ainsi l'exception peut être combattue par un autre moyen de défense indirecte, qu'on appelle la *réplique ;* la réplique elle-même peut amener une *duplique.* Vous me demandez la restitution d'une chose que vous m'avez prêtée à usage. Je réponds que je suis libéré de mon obligation, parce que la chose a péri par cas fortuit ; c'est une exception. Vous répliquez que la perte de la chose par cas fortuit n'a pas pu me libérer, parce que j'étais en demeure. Je réponds (c'est la duplique) que la demeure ne peut avoir dans l'espèce aucune influence, parce que la chose eût également péri chez vous, si elle vous eût été livrée. Il n'est pas douteux que le demandeur qui invoque une réplique contre l'exception, doit prouver le fait sur lequel est fondée sa réplique, et que la même nécessité s'impose à celui qui fait une duplique.

On voit donc que la solution de la question de savoir sur qui pèse la charge de la preuve dépend beaucoup moins des qualités de demandeur ou de défendeur que de la nature des allégations produites en justice. Cette charge incombe à toute partie, demanderesse ou défenderesse, peu importe, qui, dans le cours du procès avance une proposition contraire à l'état normal des choses en tendant à renverser une situation établie.

2064. La jurisprudence perd quelquefois de vue ces prin-

cipes. On en trouve un exemple en matières d'assurances sur la vie. Une clause formelle des polices exclut le risque de suicide. Dans les polices françaises cette exclusion est absolue (1). Toutefois, on reconnaît que l'assurance ne doit pas être annulée si le suicide a été inconscient. Ceci posé, lorsqu'il y a procès entre les ayants droit de l'assuré suicidé et l'assureur, comment faut-il régler la question de la preuve? Sur ce point, à notre avis, on ne doit pas hésiter.

Les principes que nous venons d'étudier conduisent nécessairement aux solutions suivantes : c'est à l'assureur de prouver le fait même du suicide. Mais, une fois cette preuve faite, les rôles changent, et c'est aux bénéficiaires du contrat d'établir que le suicide a été involontaire. La folie ne saurait se présumer (2). Ils allèguent donc un fait nouveau, et, par par suite, en ce qui regarde ce fait, le fardeau de la preuve doit peser sur eux (3).

Cependant, en général, les juges décident, au contraire, qu'il incombe à l'assureur de prouver non seulement le fait même du suicide, mais aussi la volonté qu'aurait eue l'assuré de mettre fin à ses jours (4).

(1) Certaines compagnies étrangères admettent, au contraire, que le suicide n'entraîne pas la nullité de l'assurance lorsque le contrat a été maintenu pendant un certain temps. Lefort, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie*, II, p. 51, note continuée et note 1; Dupuich, *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, n. 96, p. 217-224.

(2) Sur cette question, au point de vue médical, voir Legrand du Saulle, *Traite de médecine légale*, 2e édit., p. 515; Brierre de Boismont, *Du suicide et de la folie suicide*, p. 136, 448 s., 481 s.

(3) Herbault, *Tr. des assur. sur la vie*, n. 178; Couteau, *Tr. des assur. sur la vie*, II, n. 399, p. 237; Dupuich, *op. cit.*, n. 96, p. 217-223; Huc, VIII, n. 219. — Trib. civ. Seine, 13 fév. 1874 (cité par Badon-Pascal), *Répert. des assur.*, 1873-1883, v° *Suicide*, n. 2. — C. supér. de Vienne (Autriche), 30 mars 1875, et C. supér. de Dresde (Allemagne), 16 fév. 1878 (cités par Badon-Pascal), *op.* et v° *cit.*, n. 3 et 4. — Paris, 16 nov. 1889, S., 91. 2. 115, D. P., 92. 2. 46.

(4) Paris, 30 nov. 1875, S., 77. 1. 26, D. P., 77. 2. 132. — Req., 3 août 1876, S., 77. 1. 25, D. P., 79. 5. 295. — Trib. civ. Seine, 13 mars 1884, *Rec. pér. des assur.*, 1884, p. 220; 2 fév. 1887, *Rec. pér. des assur.*, 88. 297. — Lyon, 17 fév. 1891, S., 91. 2. 115, D. P., 92. 2. 46. — Paris, 16 juill. 1892, S., 92. 2. 199, D. P., 93. 2. 233; 21 oct. 1892, D. P., 93. 2. 16. — Dans le même sens Fey, *Code des assurances sur la vie*, n. 92, p. 112; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm. industr. et marit.*, v° *Assurance sur la vie*, n. 46; Agnel, *Manuel génér. des assurances*, n. 396. — V. aussi Lefort, *Rec. pér. des assur.*, 1887, p. 314 s.

Cette jurisprudence a le grave défaut de ne pas entrer dans l'analyse et de faire de la réplique un élément de l'exception [1]. Du moment qu'il n'y a pas présomption de folie, il faut distinguer deux allégations successives : 1° il y a eu suicide; 2° mais le suicide a été inconscient. Or, si la première de ces allégations est formulée par l'assureur, la seconde, destinée à paralyser l'effet de la première, émane évidemment des bénéficiaires de la police, et comme, par application des règles exposées plus haut, chacune des parties est tenue d'établir les faits qu'elle avance et qui tendent à enlever à l'autre partie la situation par elle acquise, la preuve de l'inconscience doit être mise à la charge des ayants droit de l'assuré [2].

[1] En présence de la situation que cette jurisprudence leur a créée, les compagnies d'assurances ont pris l'habitude d'insérer dans leurs polices une clause ainsi conçue : « La déchéance n'est pas applicable au cas de suicide inconscient; mais il est de convention expresse entre les parties que, dans ce cas, la preuve de l'inconscience de l'assuré suicidé sera à la charge des bénéficiaires de l'assurance ». V. Trib. com. Seine, 22 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 273.

[2] La meilleure façon de mettre en pleine lumière le vice du système que nous combattons, c'est, d'après nous, de reproduire les motifs que la Cour de Lyon invoque à l'appui de ce système : « Considérant, dit cette cour, qu'il est de principe incontesté que le suicide susceptible de donner lieu à la résiliation du contrat d'assurance sur la vie ne peut être que le suicide volontaire et conscient, qui, seul, fait incomber une faute à la charge de l'assuré; que la preuve de la libre volonté doit donc être scrupuleusement recherchée pour bien déterminer la portée de l'acte dont la matérialité vient d'être constatée, et qu'*on ne saurait faire ressortir l'état d'inconscience de l'acte même accompli par D...* Considérant, en effet, que *le suicide ne fait pas présumer la folie; qu'il ne dénote pas nécessairement un trouble de la raison, et peut être même le résultat d'une volonté bien arrêtée et bien réfléchie;* que cet acte, justement réprouvé par la morale comme une désertion du devoir de vivre, *laisse subsister dans toute sa plénitude le libre arbitre de son auteur; qu'admettre* A PRIORI *l'inconscience du suicidé, ce serait excuser par la même cause toutes les défaillances de la conscience humaine.* Considérant, dès lors, que c'est le cas de recourir aux moyens de preuve établis par la loi; que l'obligation de prouver la libre volonté de l'auteur du suicide incombe à la compagnie qui entend se prévaloir de l'exception tirée de l'art. 6 de la police; qu'en effet, cette exception ne peut être utilement opposée autant qu'il y a eu faute de la part de l'assuré; que celui-ci serait irresponsable en cas de folie; que, par suite, la preuve de la responsabilité résultant de la faute doit être, aux termes du droit commun, rapportée par la partie qui prétend en tirer avantage pour établir sa libération ». Arrêt préc. du 17 fév. 1891. Ce raisonnement nous paraît entaché d'un manque de logique évident, d'une incohérence manifeste. *Si le suicide ne fait pas présumer la folie,* si l'on ne peut pas *admettre* A PRIORI *l'inconscience du suicidé,* ne faut-il pas en conclure que les bénéficiaires du contrat doivent prouver cette inconscience? Comment la cour n'a-t-elle pas vu qu'en exi-

2065. Il faut rejeter cette ancienne théorie d'après laquelle celui qui allègue un fait négatif n'est pas tenu de le prouver, du moins lorsque la preuve en est impossible [1]. Au moyen-âge, on s'était autorisé, pour l'enseigner, d'un texte du droit romain, faussement interprété : *Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.* Ce passage n'est qu'un résumé de la doctrine que nous venons d'exposer sur l'administration de la preuve. Entre deux parties dont l'une avance une proposition, — affirmative ou négative, peu importe, — tandis que l'autre la nie, sans avancer elle-même aucune proposition, la preuve incombe toujours à la première, *qui dicit,* et jamais à la seconde, *qui negat*, tant qu'elle se borne à rester sur la défensive. Mais les rôles changent dès que la seconde avance de son côté une proposition quelconque, affirmative ou négative; c'est elle alors *qui dicit.* Elle doit toujours prouver ce qu'elle soutient.

Alors même que la preuve d'un fait négatif serait impossible, notre principe n'en serait pas moins applicable. Mais, au surplus, la preuve d'un fait négatif peut toujours être ramenée à celle d'un fait positif : alléguer, par exemple, qu'un individu n'est pas français, cela revient à dire qu'il a une autre nationalité ou qu'il est déchu de la qualité de français. Quelle que soit celle des deux explications que l'on choisisse, il s'agit d'un fait positif, par conséquent, d'un fait susceptible d'être prouvé directement [2].

geant de la Compagnie la preuve d'un suicide volontaire, elle *admettait* A PRIORI *l'inconscience du suicidé* et que, *par la même cause*, suivant ses propres expressions, elle *excusait toutes les défaillances de la conscience humaine?* L'exception tirée du fait du suicide ne peut, dit-elle, être utilement opposée *qu'autant qu'il y a eu faute de la part de l'assuré.* Sans doute! mais si, en principe, comme la cour le déclare elle même, le suicide n'implique pas l'inconscience, il est évident qu'en principe, il suppose, au contraire, la responsabilité. Il n'y a donc pas, quant à celle-ci, de preuve spéciale à faire; elle doit jusqu'à nouvel ordre, par cela seul que le suicide est prouvé, être considérée comme démontrée, et, par conséquent, c'est aux ayants cause de l'assuré d'établir l'irresponsabilité. Nous tenons à le répéter, cette prétendue justification du système qui l'emporte en jurisprudence, en est, à nos yeux, la réfutation péremptoire.

[1] Cependant Bartole se prononce très nettement en sens contraire : « *Ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat, incumbit onus probandi* ». Sur la L. 8, D., *De verb. oblig.*

[2] *Sic* Toullier, VIII, n. 16-19; Duranton, XIII, n. 2; Marcadé, V, sur l'art.

2066. Toutefois on ne saurait prouver des propositions indéfinies, affirmatives ou négatives [1], telles que celles-ci : je n'ai jamais emprunté, je suis allé tous les jours à tel endroit. Les contestations judiciaires n'en offriront que de très rares exemples, parce que les faits auxquels se rattache l'acquisition ou l'extinction des droits, sont d'ordinaire limités par des circonstances de temps et de lieu qui circonscriront le débat dans des affirmations parfaitement définies et susceptibles d'être prouvées. Quoi qu'il en soit, la partie, qui se trouve dans l'impossibilité absolue de justifier sa prétention, ne peut évidemment rejeter sur l'adversaire le fardeau de la preuve contraire : il serait absurde d'accorder en justice plus de crédit précisément aux prétentions qu'il est impossible d'établir.

2067. Les modes de preuve admis en matière civile, sont énumérés par l'art. 1316 : « *Les règles qui concernent la* » *preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions,* » *l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les* » *sections suivantes* ».

Cette liste n'est pas complète ; il faut y ajouter les *visites de lieux* et les *expertises,* dont les règles se trouvent dans le Code de procédure civile (art. 41 à 43, art. 295 à 301, art. 302 à 323).

Enfin le droit commercial consacre en outre plusieurs modes spéciaux à la preuve des actes de commerce. Art. 109 C. com. Ce sont les livres des commerçants, la correspondance, *le bordereau* ou *arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties, une facture acceptée.*

1315, n. 2, al. 3-7 ; Mourlon, II, n. 1516 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 39-49 ; Colmet de Santerre, V, n. 276-VII ; Aubry et Rau, VIII, p. 155-156, texte et note 14 ; Larombière, V, p. 454-456 (art. 1315, n. 16) ; Demolombe, XXIX, n. 192-193 ; Laurent, XIX, n. 95 ; Arntz, III, n. 296 ; Thiry, III, n. 114 *in fine ;* Vigié, II, n. 1664 ; Huc, VIII, n. 218, al. 4 ; Planiol, II, 1re édit., n. 9, et 2e édit., n. 7. — Req., 21 novembre 1826, S. chr., VIII, 1, 439, D., *Répert. alph.*, vo *Preuve*, n. 20. — *Contra* Rauter, *Cours de proc. civ.*, n. 125. — Cpr. aussi Zachariæ, § 749, texte et note 2. — On trouve une trace de l'ancienne théorie dans les motifs d'un arrêt de la Chambre civile (rejet), du 12 août 1884, S., 85 1. 421, D. P., 85. 1. 111.

[1] « *Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita ; nec affirmativa indefinita potest* ». Cocceius, *De directa probatione negativæ.* — Bonnier, *op. cit.*, n. 41-42.

On groupe habituellement ces divers modes de preuves en deux catégories : les preuves *simples* et les preuves *préconstituées*. Celles-ci, à la différence des autres, sont préparées d'avance et à tous événements. La catégorie des preuves simples comprend les témoignages, l'aveu, le serment, les présomptions de l'homme, la visite des lieux et l'expertise. On range dans la catégorie des preuves préconstituées l'acte sous seing privé, le titre authentique et les registres des marchands.

Nous n'avons à étudier en détail que les procédés de preuve réglementés par le Code civil.

Au point de vue des moyens qui servent à produire la conviction dans l'esprit du juge, on distingue la preuve directe et la preuve indirecte.

La première est celle qui s'applique précisément au fait contesté et qui tend à l'établir d'une façon immédiate.

La seconde, au contraire, est celle qui ne s'applique pas précisément au fait contesté et qui ne tend à l'établir que d'une manière médiate, à l'aide de présomptions de fait ou de l'homme, c'est-à-dire à l'aide d'inductions tirées d'autres faits connus.

C'est seulement dans les cas déterminés par la loi que la preuve indirecte est admise. Il en est de même de la preuve directe quand elle est faite par les dépositions de témoins. Mais elle est admise d'une façon générale quand elle est fournie par un autre moyen.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PREUVE LITTÉRALE

2068. La preuve littérale est celle qui résulte de toute espèce d'écrits, qu'ils aient été ou non destinés lors de leur rédaction à constater un fait juridique.

Si l'écrit a été spécialement rédigé pour fournir une preuve, on l'appelle *acte* ou *titre*.

Le *titre* ou *acte* est *authentique* ou *sous seing privé*, suivant que l'écrit est l'œuvre d'un officier public ou des parties.

Ces expressions, consacrées par l'usage et la loi, sont justement critiquées comme amphibologiques. A proprement parler, le mot *acte* signifie tout fait quelconque de l'homme, *id quod actum est*; ce n'est que par un abus de langage qu'on a étendu cette expression à l'écrit qui constate le fait accompli. De même le mot *titre,* que le législateur prend ici dans le sens de *moyen de preuve,* sert aussi à désigner, tantôt l'événement d'où résulte la naissance, la modification ou l'extinction d'un droit (art. 892, 2265, 2267), tantôt une certaine qualité, telle que celle d'héritier (art. 778). La terminologie romaine, dont on trouve encore des traces sous notre ancien droit, était bien préférable : elle appelait *instrumenta,* instruments, les écrits destinés à constater les faits juridiques. Il est à désirer que cette expression *instrument,* tombée aujourd'hui en désuétude, soit rétablie dans le langage de la jurisprudence.

L'autorité des actes instrumentaires varie, suivant qu'il s'agit d'un *titre original* ou d'une *copie,* d'un *titre primordial,* ou d'un *acte récognitif* ou *confirmatif.*

Si une écriture privée, tout en relatant un fait, n'a pas été rédigée en vue de le constater d'une manière contradictoire, on ne peut plus y voir un acte instrumentaire; elle rentre alors dans la classe des *documents,* appelés *registres* ou *papiers domestiques* ou *simples mentions.* Art. 1331, 1332.

Le Code assimile à la preuve littérale les *tailles* (art. 1333), et on peut étendre cette assimilation à certains signes, employés pour conserver la trace de faits juridiques, tels que les *pierres-bornes* et les *marques de non-mitoyenneté.* Puisqu'au fond l'écriture n'est que l'expression de nos idées par certains signes de convention, il est bien permis de faire rentrer tous ces moyens de preuve dans le procédé général de l'écriture.

De tous les genres de preuve, la preuve littérale est celle à laquelle la loi accorde le plus de confiance. Constituée d'avance, à une époque où les parties n'avaient d'autre but et d'autre intérêt que de constater la vérité, elle la conserve sans altération, et, quand on a besoin de la connaître, elle la représente avec des garanties d'impartialité que ne saurait offrir le témoignage oral.

§ I. *Du titre authentique.*

I. *Définition et conditions.*

A. *Définition.*

2069. On appelle *actes* ou *titres authentiques* ceux qui émanent régulièrement de personnes revêtues d'un caractère public et qui ont reçu de la loi mission de constater officiellement certains faits.

Ainsi défini dans sa généralité, l'acte authentique comprend les actes politiques et administratifs qui émanent des pouvoirs législatif et exécutif, les actes judiciaires qui ont pour objet d'introduire, d'instruire et de terminer une instance, et enfin les actes extrajudiciaires. C'est au point de vue de cette dernière classe d'actes que nous avons à étudier l'authenticité. Le Code civil, dans le chapitre VI, ne s'occupe en effet que de l'acte authentique destiné à constater les conventions, c'est-à-dire, en généralisant ses expressions sans sortir de son esprit, de l'acte extrajudiciaire qui a pour but, dans l'ordre des intérêts privés, de faire preuve des droits réels et des droits de créance. C'est bien à ce point de vue que se place l'art. 1317. « *L'acte authentique,* dit-il, *est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ».

De ce texte il résulte que trois conditions sont nécessaires pour constituer l'authenticité d'un acte instrumentaire. Mais il convient, comme nous le verrons, d'en ajouter une quatrième. Nous allons étudier ces diverses conditions.

B. *Conditions de l'authenticité.*

2070. α. L'acte doit avoir été dressé par un *officier public*, par exemple par un notaire, un greffier, un huissier, un officier de l'état civil, un officier de la police judiciaire ayant le droit de dresser des procès-verbaux.

Les actes que passe un officier public destitué ou remplacé, n'ont pas le caractère d'actes authentiques, s'ils ont été reçus depuis la notification à lui faite de sa destitution ou de son

remplacement. Loi du 25 ventôse an XI, art. 52 et 68, et arg. de ces articles.

Mais ceux qu'il a passés antérieurement à cette notification sont valables nonobstant sa destitution ou son remplacement (1).

Bien qu'on ait d'abord soutenu le contraire, les greffiers des justices de paix, quand ils rédigent les procès-verbaux de conciliation, agissent comme officiers publics, et ces actes sont authentiques. Si l'art. 54 C. proc. civ. dit que « Les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée », c'est parce que le législateur, pour protéger le privilège des notaires, n'a pas voulu que les parties pussent obtenir sans frais, des juges de paix, un titre exécutoire (2).

2071. β. Il faut que l'officier public soit compétent au double point de vue du fait à constater et du lieu dans lequel il a été dressé ; en d'autres termes, il doit avoir la compétence *réelle* et la compétence *territoriale*. L'art. 1317 ne parle explicitement que de cette dernière compétence ; mais il mentionne implicitement la première, en exigeant que l'acte, pour être authentique, soit reçu par un officier public : l'officier public, en dehors de ses attributions, n'est qu'un simple particulier (3).

Parmi les officiers publics, les notaires ont une compétence générale pour dresser toutes sortes d'actes ; le notariat a été institué, afin de permettre aux particuliers de conférer l'authenticité aux faits juridiques dont ils veulent perpétuer la

(1) Duranton, XIII, n. 75 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 472 ; Aubry et Rau, VIII, p. 199, note 2 ; Demolombe, XXIX, n. 234 ; Laurent, XIX, n. 108 et 126. — Req., 25 nov. 1813, S. chr., IV, 1, 474, col. 3.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Bureau de conciliation*, n. 33 ; Toullier, IX, n. 120 et X, n. 271 ; Duranton, XIII, n. 17 ; Pigeau, *Proc. civ.*, I, p. 43 ; Carré et Chauveau, quest. 231 ; Teste, *Encycl. du droit*, v° *Acte authentique*, n. 14 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 467 ; Ségéral, *Code prat. de la justice de paix*, n. 896 ; Colmet de Santerre, V, n. 279 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, p. 659 ; Demolombe, XIX, n. 232 ; Laurent, XIX, n. 104 ; Planiol, II, 1re édit., n. 143, et 2e édit, n. 138 ; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de procéd.*, II, 1re édit., § CCXL, p. 225-226, et 2e édit., § 638, p. 398-399.

(3) Duranton, XIII, n. 22 ; Colmet de Santerre, V, n. 279 *bis*-VI ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 200 ; Larombière, V, p. 476 (art. 1317, n. 9) ; Demolombe, XXIX, n. 239 ; Laurent, XIX, n. 112 ; Thiry, III, n. 116 ; Huc, VIII, n. 225.

mémoire. Aussi en ferons-nous l'objet d'une étude spéciale [1]. Exceptionnellement, le législateur a attribué à quelques autres officiers publics compétence exclusive pour rédiger certains actes. C'est ainsi que le juge de paix est seul chargé de recevoir le contrat d'adoption (art. 353) et la déclaration d'émancipation (art. 477 al. 2); que les huissiers ont seuls qualité pour faire les significations, les officiers de l'état civil, pour recevoir les déclarations concernant l'état civil des personnes.

2072. γ. L'art. 1317 exige enfin l'accomplissement des *solennités requises*. Chaque classe d'officiers publics est soumise à des règles particulières pour la rédaction des actes de son ministère. Les formalités des actes notariés sont énumérées par la loi du 25 ventôse an XI, par celle du 21 juin 1843, et par celle du 12 août 1902, qui a modifié la première et abrogé en très grande partie la deuxième. Nous les exposerons plus loin en détail.

2073. δ. A ces trois conditions, qu'indique expressément l'art. 1317, il y a lieu d'en ajouter une quatrième : l'officier public doit être capable d'instrumenter. L'incapacité est absolue lorsqu'il a été suspendu par voie disciplinaire de l'exercice de ses fonctions, et à partir de la signification de la suspension. L. 25 ventôse an XI, art. 55 et 68. Il est bien vrai que le notaire, par exemple, qui n'est que suspendu, à la différence de celui qui est destitué, est toujours officier public, mais il est incapable d'instrumenter pendant la durée de sa suspension. L'incapacité n'est que relative lorsque l'officier public ne peut pas recevoir l'acte parce qu'il intéresse un de ses parents ou alliés au degré prohibé, ou, à plus forte raison, parce qu'il l'intéresse personnellement. L. 25 ventôse an XI, art. 8, 10 et 68 cbn. [2].

Mais l'absence, en la personne de l'officier public, de l'une des conditions d'aptitude qui étaient exigées par la loi pour sa nomination, ne s'oppose pas à ce que les actes par lui reçus ou dressés aient le caractère d'authenticité. Arg. art. 68 l. 25 ventôse an XI. Il s'ensuit que si un étranger ou un Fran-

[1] V. *infra*, n. 2111 s.

[2] Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 199; Larombière, V, p. 475 (art. 1317, n. 8) : Demolombe, XXIX, n. 235 ; Laurent, XIX, n. 109.

çais âgé de moins de 25 ans avait été nommé notaire, les actes par lui passés en cette qualité vaudraient néanmoins comme actes authentiques. Arg. l. 25 ventôse an XI, art. 68 cbn., art. 7 et 35 [1]. Le droit d'instrumenter ne résulte pas des conditions d'aptitude, mais bien du décret de nomination. Sans doute, par exemple, le chef de l'Etat n'a pas le droit de nommer notaire un étranger; mais, s'il le nomme, cet étranger, quoique nommé illégalement, sera investi de la fonction notariale et pourra, en conséquence, conférer l'authenticité aux actes [2].

II. *Force probante du titre authentique.*

2074. La force probante d'un acte, c'est la valeur qui lui est attribuée comme moyen de preuve, ou, suivant la locution du Code, c'est la *foi* qui lui est accordée par la loi. La force probante peut être envisagée au point de vue de l'*acte considéré en lui-même* et au point de vue de *son contenu*. L'acte qu'on oppose fait-il preuve de son caractère d'authenticité? Et, seconde question, jusqu'à quel degré fait-il preuve des mentions qui y sont renfermées?

A. *De la présomption d'authenticité dont jouit l'acte envisagé en lui-même.*

2075. Sous le premier aspect, l'acte qui a la forme authentique *fait par lui-même preuve de son authenticité*, en ce sens qu'il est réputé émaner de l'officier public qui paraît l'avoir reçu. « *Acta probant se ipsa* », disait Dumoulin [3]. Cette présomption est conforme à l'état ordinaire des choses. Habituellement, l'acte qui porte les signes extérieurs de l'authenticité, est vraiment authentique, d'abord parce que le faux, qui consiste ici dans l'imitation de la signature d'un officier

[1] Duranton, XIII, n. 77; Marcadé, V, sur l'art. 1317, n. II; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Acte authentique*, n. 16; Bonnier, *op. cit.*, n. 471; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 200; Larombière, V, p. 475 (art. 1317, n. 7); Laurent, XIX, n. 107; Thiry, III, n. 116; Planiol, II, 1re édit., n. 88, et 2e édit., n. 82.

[2] Laurent, *loc. cit.*

[3] *Commentarii in consuetudines Parisienses*, tit. I, § VIII, n. 8 *in fine* (Paris, 1625, I, col. 309).

public, est aussi difficile à commettre que facile à découvrir, et ensuite parce qu'il expose son auteur et ceux qui auront fait usage de l'acte entaché de faux à une très forte peine, les travaux forcés à temps. Art. 147, 148 C. pén.

De là il suit que la partie qui produit un écrit authentique en apparence n'a pas à prouver préalablement qu'il est authentique; c'est à son adversaire d'établir qu'il ne l'est pas en réalité, et il ne peut administrer cette preuve qu'au moyen de l'*inscription de faux* (1).

Nous verrons bientôt que la force probante dont nous venons de parler n'appartient pas aux actes sous seing privé. Ceux-ci ne peuvent être admis en preuve qu'à la condition d'être reconnus par leur signataire, ou vérifiés en justice, à défaut de reconnaissance volontaire (2).

B. *De la force probante des mentions renfermées dans l'acte.*

2076. Supposons maintenant que le caractère de l'acte authentique soit constant ; quelle est la force probante que l'on doit reconnaître à son *contenu ?* Ici des distinctions sont nécessaires ; car les mentions qui y sont renfermées n'ont pas toutes la même valeur.

La force probante de l'acte authentique varie, en effet, suivant qu'il s'agit de la réalité des constatations faites par l'officier public, en cette qualité, *de visu aut de auditu,* ou de la vérité intrinsèque des déclarations formulées par les parties en sa présence. Il faut, en outre, faire une distinction relativement aux simples énonciations qui peuvent avoir été insérées dans l'acte.

2077. *a.* — Il y a d'abord des mentions qu'on ne peut contester qu'en accusant l'officier public d'avoir commis un faux, qu'en attaquant sa véracité. Ce sont les mentions relatives aux faits que l'officier public a affirmés comme ayant

(1) Teste, *Encycl. du dr.*, v° *Acte authentique*, n. 20 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 506 ; Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-II et 282 *bis*-III ; Aubry et Rau, VIII, p. 209 *in fine;* Demolombe, XXIX, n. 270; Laurent, XIX, n. 130; Planiol, II, 1re édit., n. 94, et 2e édit., n. 88.

(2) « Il y a, disait Pothier, cette différence entre ces actes (les actes sous signature privée) et les actes authentiques que ceux-ci ne sont sujets à aucune reconnaissance ». *Oblig.*, n. 743 (édit. Dupin, I, p. 441).

été accomplis par lui-même ou comme ayant eu lieu en sa présence, dans l'exercice de son ministère. En d'autres termes, elles concernent les faits pour lesquels l'officier public a été agent ou témoin, *quorum notitiam et scientiam,* comme disait Dumoulin, *habet propriis sensibus, visus et auditus* (1). Elles font foi *jusqu'à inscription de faux.* Arg. tiré de l'art. 45 et du mot *Néanmoins* de l'art. 1319, al. 2 (2).

Telles sont la mention de la date, celle du lieu où l'acte a été reçu, celle des signatures dont il a été revêtu (3), celle de l'accomplissement des autres formalités (4), la constatation que les parties ont fait telles déclarations ou énonciations, qu'elles ont pris telle qualité (5), que l'une d'elles a fait à l'autre la numération d'une somme d'argent (6).

2078. Mais les affirmations émanant de l'officier public ne font foi jusqu'à inscription de faux que s'il s'agit de constatations qu'il avait mission de faire. Or tel n'est pas le cas pour les énonciations qui sont simplement l'expression de son appréciation personnelle (7). Ainsi, quand un notaire mentionne, dans un testament ou dans un contrat, que le testateur ou que l'un des contractants est sain d'esprit, cela ne fait pas obstacle à ce qu'on puisse prouver par les moyens ordinaires la démence ou l'insanité de cette personne. Le notaire, en effet, peut se tromper dans l'appréciation d'un

(1) Dumoulin, *op. cit.,* tit. I, § VIII, n. 64 (Paris, 1625, I, col. 332 *in fine*).

(2) Toullier, VIII, n. 146 ; Rolland de Villargues, *Répert. du not.,* v° *Acte authentique,* n. 60, 62 et 63 ; Marcadé, V, sous l'art. 1319, n. I ; Bonnier, *op. cit.,* n. 507 ; Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-V et 282 *bis*-VI ; Aubry et Rau, VIII, p. 210-214 ; Larombière, V, p. 518 (art. 1319, n. 3-6) ; Demolombe, XXIX, n. 271-272 ; Laurent, XIX, n. 133 ; Arntz, III, n. 309 ; Thiry, III, n. 120-1° ; Vigié, II, n. 1673 ; Huc, VIII, n. 228, p. 281 *in fine* et 282 ; Planiol, II, 1re édit., n. 96, et 2e édit., n. 90. — Req., 19 déc. 1877, S., 78. 1. 169. — Pau, 27 janv. 1891, D. P., 92. 2. 39. — Trib. civ. Seine, 17 avril 1894, D. P., 96. 2. 426.

(3) Pour celle de la signature des parties, Civ. rej., 12 janv. 1887, S., 87. 1. 206.

(4) Req., 18 fév. 1889, S., 89. 1. 161

(5) Amiens, 28 avril 1869, S., 70. 2. 154, D. P., 71. 2. 53.

(6) Civ. cass., 4 déc. 1876, S., 77. 1. 269. — V. dans le même sens, en ce qui concerne les applications ci-dessus mentionnées. Aubry et Rau, VIII, p. 210 ; Larombière, V, p. 518 (art. 1319, n. 3).

(7) Marcadé, V, sur l'art. 1319, n. I *in fine ;* Bonnier, *op. cit.,* n. 507 ; Larombière, V, p. 522 (art. 1319), n. 7 ; Demolombe, XXIX, n. 271 ; Laurent, XIX, n. 132 ; Arntz, III, n. 310 *in fine ;* Huc, VIII, n. 228, p. 281 ; Planiol, II, 1re édit., n. 97 et 2e édit., n. 91.

pareil fait, et il n'a point mission de constater l'état intellectuel du disposant ou des parties [1].

Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que le principe que les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux ne s'applique pas lorsque les contractants, étant sourds et muets, n'ont pu s'expliquer que par signes, l'interprétation donnée de ces signes par le notaire ne constituant qu'une appréciation individuelle de celui-ci [2].

2079. *b.* — Quant aux mentions qu'il est possible de contester en attaquant, non pas la véracité de l'officier public, mais seulement la sincérité ou l'exactitude des déclarations faites par les parties, elles ne font foi que *jusqu'à preuve contraire* [3]. Quelques exemples feront comprendre la portée du principe : Supposons qu'un acte notarié portant vente d'un immeuble mentionne qu'une partie du prix a été payée en présence du notaire et l'autre partie avant le contrat et hors de la présence de l'officier public : le vendeur, qui demande la rescision de la vente pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, peut être admis à prouver par témoins ou par simples présomptions que le prix consistait seulement dans la somme comptée devant le notaire et que la déclaration d'un paiement antérieur est mensongère et n'a pour

(1) V., pour le cas d'un contrat, Pau, 18 déc. 1807, S. chr., II, 2. 315, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3093. — V., pour le cas d'un testament, Req., 27 fév. 1821, S. chr., VI, 1, 387, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 209. — Bourges, 26 fév. 1855, S., 55. 2. 498, D. P., 55. 2. 295. — Poitiers, 10 fév. 1857, D. P., 57. 2. 126. — V. aussi, pour cette dernière hypothèse, Duranton, VIII, n. 157 : Aubry et Rau, VII, p. 17 ; Demolombe, XVIII, n. 365 ; Laurent, XI, n. 118. — V. d'autres décisions dans Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 901, n. 109-111.

(2) Bordeaux, 19 déc. 1856, D. P., 57. 2. 173.

(3) Toullier, VIII, n. 150 ; Aubry et Rau, VIII, p. 211-214 ; Larombière, V, p. 523-526 (art. 1319, n. 9) ; Arntz, III, n. 310 ; Thiry, III, n. 120-2° ; Planiol, II, 1re édit., n. 98, et 2e édit., n. 92 ; Marcadé, Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent, Vigié et Huc, *loc. cit.* — Req., 14 fév. 1828, S. chr., IX, 1. 33, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3097 ; 22 nov. 1869, S., 70. 1. 339, D. P., 70. 1. 273 ; 13 juil. 1874, S., 74. 1. 469, D. P., 75. 1. 106 ; 19 déc. 1877, S., 78. 1. 169, D. P., 78. 1. 176 ; 24 janvier 1881, S., 81. 1. 404 ; 26 juin 1883, S., 84. 1. 367. — Civ. cass., 4 déc. 1888, S., 90. 1. 81. — Req., 18 fév. 1889, S., 89. 1. 161 ; 23 juil. 1895, S., 96. 1. 176, D. P., 96. 1. 198. — Civ. rej., 10 mars 1896, S., 96. 1. 493, D. P., 96. 1. 201. — Req., 4 janv. 1897, S., 98. 1. 309 ; 15 fév. 1897, S., 98. 1. 86 ; 25 mai 1898, S., 1901. 1. 27, D. P., 98. 1. 380 ; 10 janv. 1900, D. P., 1901. 1. 347 ; 26 novembre 1901, D. P., 1902. 1. 45.

objet que de soustraire la vente à l'action en rescision [1]. Ici, en effet, l'inexactitude du fait contesté peut être démontrée sans que la véracité de l'officier public soit attaquée.

Supposons encore que, dans un acte de vente, un notaire constate que l'acheteur a, en sa présence, versé au vendeur le montant du prix. Sans doute, la mention du fait même de la numération fera foi jusqu'à inscription de faux. Mais, comme la numération a pu être simulée à l'insu de l'officier public, comme, par exemple, il est possible que le vendeur ait remis lui-même à l'acheteur, avant de venir chez le notaire, les deniers qui ont été comptés, l'inscription de faux n'est pas nécessaire pour la preuve de la simulation [2].

Autre exemple : dans un acte de vente passé devant notaire il est dit que le vendeur est mineur : cette énonciation ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux : « Attendu, comme l'a très bien estimé la cour de cassation, que, dans les actes des notaires, il n'y a d'authentique que ce dont le notaire a pu juger par le témoignage de ses sens ; que, dans l'espèce, le notaire n'a fait que relater *ce que les parties ont jugé à propos de lui dire,* et que cela ne suffit pas pour prouver ce qui ne pouvait l'être que par un acte de naissance ou par tous autres actes équivalents » [3].

2080. Par application de notre principe, la force probante attachée aux actes authentiques ne fait pas obstacle à ce qu'on puisse prouver par les moyens ordinaires les clauses accessoires par lesquelles, hors de la présence de l'officier public, les parties ont modifié la convention exprimée. Par exemple, le vendeur contre lequel l'acheteur poursuit l'exécution immédiate du contrat, alors que l'acte notarié présente

(1) Req., 22 nov. 1869, précité.

(2) Req., 30 mai 1900, S., 1901. 1. 27. — Les juges peuvent, sans recourir à l'inscription de faux, admettre les preuves ordinaires de droit contre la sincérité d'une obligation constatée par acte authentique et causée pour prêt d'argent, bien que l'acte mentionne la numération et la remise des espèces à la vue du notaire. Ils peuvent même, en présence de la fraude reconnue, se fonder sur de simples présomptions pour annuler cette obligation. — Req., 13 juil. 1874, précité. — Paris, 15 nov. 1892, D. P., 93. 2. 291. — V. aussi Bonnier, *loc. cit.;* Aubry et Rau, VIII, p. 213 ; Demolombe, XXIX, n. 275 ; Laurent, XIX, n. 133, p. 134 ; Planiol, II, 1re édit., n. 97, al. 2, et 2e édit., 91, al. 2.

(3) Req., 14 fév. 1828, précité.

la vente comme pure et simple, n'a pas besoin de recourir à l'inscription de faux pour établir que par une clause particulière, arrêtée entre les parties avant ou après leur comparution devant le notaire, la vente a été affectée d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire, notamment d'un pacte de rachat.

De même un emprunteur, nonobstant les termes de l'acte notarié qui constate le prêt, est autorisé à prouver qu'il ne doit pas d'intérêts ou qu'il les doit à un taux moindre (1).

La preuve dont il s'agit ne pourra, d'ailleurs, être administrée que conformément au droit commun, c'est-à-dire d'après les dispositions du Code civil qui régissent et limitent l'emploi des divers modes de preuve (2).

Du moment qu'il s'agit de faits que l'officier public a constatés sur le simple témoignage des parties et, par conséquent, sans en avoir acquis la certitude par lui-même, on aurait pu logiquement admettre *de plano* les intéressés à récuser ce témoignage qui n'offre plus autant de garanties ; mais, comme la simulation et la fraude sont l'exception, le législateur présume à bon droit la sincérité des contractants ; à ses yeux, le contenu de l'acte est, jusqu'à nouvel ordre, l'expression de la vérité. Sans doute, les déclarations des parties peuvent être simulées ; mais c'est là un fait exceptionnel, qui doit être prouvé par celui qui l'allègue (3).

2081. Le texte de loi, qui règle l'autorité comme preuve de ces deux premières sortes de mentions, est l'art. **1319**, al. **1**, dont la disposition très incomplète, sinon inexacte, ne peut se passer d'un court commentaire : « *L'acte authentique* » *fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les par-* » *ties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause* ».

= « *Fait pleine foi* ». Cette expression est juste, quand les mentions contenues dans l'acte authentique font foi jusqu'à inscription de faux. La force probante acquiert alors

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 213 ; Larombière, V, p. 326-327 (art. 1319, n. 11) ; Demolombe, XXIX, n. 281.

(2) Aubry et Rau, VIII, p. 213 *in fine* et p. 214 ; Laurent, XIX, n. 163-166, p. 169-171. — Civ. cass., 4 déc. 1888, S., 90. 1. 81.

(3) Laurent, XIX, n. 133 *in fine*, p. 135-136.

toute sa plénitude, puisqu'elle n'est presque jamais renversée : l'inscription de faux est très rare, et il est plus rare encore qu'elle réussisse. Mais la même locution ne saurait convenir aux mentions qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire et qui peuvent être combattues par de simples présomptions. La loi a eu tort de confondre dans une même expression la foi due aux mentions de l'acte authentique dans deux cas bien différents [1].

= « *De la convention qu'il renferme* ». Ou plutôt de tous les faits qui se sont passés en présence de l'officier public et qu'il avait qualité pour constater. L'acte authentique fait donc pleine foi non seulement de la convention qu'il renferme, mais, d'une façon générale, de toutes les dispositions qui s'y trouvent consignées, de tous aveux, reconnaissances, interpellations, etc... [2].

2082. = « *Entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause* ». Si l'on concluait de ces mots que la force probante, qui s'attache à l'acte authentique et à son contenu, n'est que relative, on tomberait dans une grave erreur. Comme le disait Dumoulin : « *Acta vel quæcumque scripta publica probant se ipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt,* INTER QUOSCUMQUE..... *Publicum instrumentum erga omnes est æque publicum et probans* » [3]. L'acte authentique a une force probante *absolue*. D'abord le caractère d'authenticité lui appartient à l'égard de tout le monde ; car il serait absurde qu'un seul et même acte fût tout ensemble authentique et non authentique. Il en est de même des mentions qu'on ne peut contredire qu'en attaquant la véracité de l'officier public. S'il est réputé avoir dit vrai, c'est à cause de la confiance qu'il inspire ; et comme cette confiance est indivisible, c'est

[1] « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'aux termes des articles susvisés (art. 1319, 1341 et 1353), l'acte authentique fait pleine foi des conventions qu'il renferme ; qu'il ne peut par suite être reçu aucune preuve par témoins, ni aucune allégation de présomptions non établies par la loi, contre et outre le contenu audit acte, sauf les cas de dol ou de fraude, et l'effet de l'inscription de faux ». — Civ. cass., 14 janv. 1885, S., 86. 1. 13, D. P., 85. 1. 64.

[2] Toullier, VIII, n. 147 ; Demolombe, XXIX, n. 277. — Civ. rej., 12 janv. 1887, S., 87. 1. 206.

[3] *Op. cit.*, tit. I, § VIII, n. 8 *in fine* et n. 10 (Paris, 1625, I, col. 309 et col. 310).

absolument et pour tout le monde qu'il a dit vrai. Il faut enfin en dire autant des mentions qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. La présomption de vérité qui s'y attache a sa racine dans un motif qui est tout aussi efficace pour la faire admettre à l'égard des tiers que dans les rapports des parties contractantes (1). Ainsi un acte de vente notarié, en supposant que l'immeuble vendu n'appartient pas au vendeur, prouvera contre le propriétaire revendiquant, qui est un tiers *penitus extraneus,* que l'immeuble a fait l'objet d'une vente sincère et que l'acheteur a un juste titre : ce qui lui permettra d'opposer à la revendication la prescription de dix à vingt ans. Art. 2265 (2).

Voilà les vrais principes. On reproche au législateur français de les avoir méconnus dans l'art. 1319, qui semble restreindre la force de l'acte authentique « entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause ». On l'accuse d'avoir confondu la force probante de l'écrit, qui est la même pour tous, avec l'effet des conventions qui y sont constatées, effet borné aux parties contractantes et à leurs représentants (art. 1165); pour rendre le texte irréprochable, il suffirait, dit-on, de remplacer l'expression *fait foi* par celle-ci *a effet.* Il est vrai que l'art. 1319, en fixant l'étendue de la force probante de l'acte authentique, ne parle que des parties contractantes; mais on a tort d'en conclure que le législateur a voulu exprimer par là, confondant la question de preuve avec le fond du droit, que cet acte ne fait pas foi à l'égard des tiers. Il n'a rien dit à ce sujet, voilà tout. Les inductions tirées du silence de la loi sont toujours dangereuses; mais elles doivent être sévèrement rejetées, quand elles conduisent à lui prêter des décisions contraires, non seulement au bon sens, mais encore à la tradition historique et à son esprit, tel

(1) Toullier, VIII, n. 148; Duranton, XIII, n. 81; Bonnier, *op. cit.*, n. 508; Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-VII à 282 *bis*-IX; Larombière, V, p. 530 (art. 1319, n. 15); Demolombe, XXIX, n. 271; Bonnier, *op. cit.*, n. 392; Laurent, XIX, n. 134; Arntz, III, n. 308; Vigié, II, n. 1674; Huc, VIII, n. 228, p. 283. — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1319, n. 1; Mourlon, II, n. 1525; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 209-210, note 48; Thiry, III, n. 121; Planiol, II, 1re édit., n. 102-104, et 2e édit., n. 96-98.

(2) Duranton, XIII, n. 81; Laurent, XIX, n. 144.

qu'il résulte évidemment des travaux préparatoires. Pothier, à qui l'art. 1319 a été presque littéralement emprunté, traitait dans deux paragraphes distincts de la foi des actes authentiques entre les parties, puis de la foi qu'ils font contre les tiers (1); et, traducteur fidèle, quoi qu'on en ait dit, des analyses de Dumoulin, il admettait que ces actes prouvent contre les tiers *rem ipsam, rem gestam,* c'est-à-dire que la convention ou le fait juridique qu'ils constatent est réellement intervenu (2). L'art. 1319, qui reproduit la règle du *Traité des obligations,* en ce qui concerne la force probante de l'acte authentique entre les parties, a omis de reproduire celle relative à la foi de cet acte à l'égard des tiers. C'est une lacune sans doute; mais elle n'est que dans le texte; le législateur a eu l'intention bien formelle d'adopter encore sur ce point la solution de Pothier. « Nous avons déjà vu, dit le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent point aux tiers ni ne leur profitent. *Mais il ne s'agit point ici de l'effet des conventions; il ne s'agit que des preuves,* et des preuves qui peuvent résulter d'un titre authentique. La question est de savoir comment la règle *L'acte authentique fait pleine foi* doit s'entendre à l'égard des tiers... Les actes authentiques font pleine foi, non seulement entre les parties contractantes, mais encore pour les tiers. Peuvent-ils faire foi contre les tiers? Il faut distinguer le matériel et le moral de l'acte. Quant au matériel, c'est-à-dire *la date et les faits physiques* attestés par l'officier public, les tiers ne peuvent contester la preuve qui résulte de l'authenticité de l'acte. Dumoulin, qui a traité cette matière avec son érudition et sa sagacité ordinaires, avait réduit la théorie de cette partie du droit à ce principe, que l'acte public prouve contre les tiers *rem ipsam,* termes précis, énergiques, qui nous ont conduits à la distinction *que nous adoptons* entre le matériel et le moral de l'acte » (3). Nous n'avons pu résister au désir de

(1) § III. *De quelles choses les actes authentiques font-ils foi contre les parties?* (*Oblig.*, n. 736-738). — § IV. *De quelles choses les actes font-ils foi contre les tiers?* (n. 739-741. — V. édit. Dupin, I, p. 438-440.

(2) *Op. cit.*, n. 739 (même édit., I, p. 439).

(3) Fenet, XIII, p. 380-381; Locré, XII, n. 8, p. 509 *in fine* et 510.

transcrire ce passage, parce qu'il est le meilleur commentaire de l'art. 1319, et qu'il justifie notre législateur d'une confusion dont il est parfaitement innocent.

2083. *c.* — Il existe enfin une troisième catégorie de mentions, dont s'occupe l'art. 1320 pour en régler la force probante : ce sont les déclarations purement énonciatives des parties, ou simplement, comme les appelle la loi, les *énonciations*. « *L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait* » *foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en* » *termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport* » *direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la dis-* » *position ne peuvent servir que d'un commencement de* » *preuve* ».

On distingue, dans les actes authentiques, comme d'ailleurs dans les actes sous seing privé (l'art. 1320 explique lui-même que sa règle est commune à ces deux sortes d'actes), la disposition ou, pour parler comme Pothier, le *dispositif*, et les *simples énonciations*.

« Le dispositif », dit le jurisconsulte d'Orléans, c'est « ce que les parties ont eu en vue, et qui a fait l'objet de l'acte » (1). C'est la partie de l'écrit qui constate les éléments essentiels du fait juridique dont on a voulu se ménager la preuve, de telle sorte qu'on ne pourrait en supprimer quelque chose sans le détruire ou tout au moins le dénaturer. Les déclarations purement énonciatives sont celles qui, se référant à des événements antérieurs, constituent des éléments accidentels du fait juridique que l'acte a pour but de constater, celles qui, par conséquent, peuvent être retranchées sans que la substance de ce fait juridique soit modifiée.

On voit par ces définitions que les parties portent nécessairement leur attention sur le dispositif, puisque c'est précisément pour se constituer une preuve littérale de ce qui y est relaté qu'elles ont dressé ou fait dresser un acte instrumentaire.

2084. Quant aux déclarations simplement énonciatives, on ne pouvait pas leur accorder indistinctement la même

(1) *Oblig.*, n. 736 (édit. Dupin, I, p. 438).

valeur, parce que, jetées incidemment dans le corps de l'acte, elles n'avaient pas la même importance aux yeux des parties, et que, peut-être, elles ont passé inaperçues. Aussi, au point de vue de leur force probante, l'art. 1320 distingue-t-il entre les énonciations *qui ont un rapport direct à la disposition* et celles qui sont *étrangères à la disposition*. Les premières ont dû frapper l'attention des parties intéressées; la loi, en conséquence, leur attribue la même autorité qu'au dispositif. Les secondes « peuvent bien, dit Pothier, faire quelque demi-preuve; mais elles ne font point une preuve entière » (1). *Tunc enim tale instrumentum,* disait auparavant Dumoulin, *non facit plenam fidem, sed solum præsumptionem vel semiplenam probationem* » (2). Propositions que le législateur de 1804 a traduites en disant que ces dernières énonciations ne peuvent servir que d'un *commencement de preuve :* ce qui aura pour effet de rendre admissibles la preuve testimoniale (art. 1347) et celle par simples présomptions (art. 1353) et de permettre au juge de déférer le serment supplétoire (art. 1367). C'est qu'alors le fait énoncé est seulement vraisemblable; la partie, contre laquelle on l'invoque, a pu, quoiqu'il fût inexact, ne pas s'opposer à son énonciation, soit parce qu'elle n'a pas remarqué une clause qui lui était présentement indifférente, soit parce qu'elle n'avait à la contredire aucun intérêt né et actuel.

Quelques exemples éclairciront nos explications. Un acte, ayant pour objet la reconnaissance d'une rente, porte : « Je reconnais devoir à *Primus,* en retour de l'aliénation de tel immeuble, une rente de 1.000 fr. par an... » Voilà le dispositif; puis l'écrit ajoute : « dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour ». Ce n'est là qu'une énonciation; en effet l'acte n'a pas d'autre objet que de constater la reconnaissance d'une rente au profit de *Primus;* il n'a pas notamment pour objet de me donner quittance des arrérages antérieurement payés, puisque *Primus* ne déclare pas les avoir reçus. Mais cette énonciation est trop directement liée au dispositif

(1) *Op. cit.*, n. 738.
(2) *Op. cit.*, tit. I, § VIII, n. 10 (Paris, 1625, I, col. 309 *in fine*).

de l'écrit, pour que le crédi-rentier ne l'ait pas remarquée, et il n'eût pas manqué de s'y opposer si elle eût été fausse. Elle fera donc foi du paiement, absolument comme une quittance. — Autre exemple. Un acte de vente dispose que *Primus* vend à *Secundus* une maison pour le prix de 10.000 fr. que *Secundus* a payés à l'instant, et on y lit ensuite cette déclaration : « Les 10.000 fr. payés par *Secundus* lui ont été donnés par *Tertius* ». Cette énonciation est étrangère au dispositif de l'acte; car la déclaration, que le prix payé par *Secundus* lui provient de la libéralité de *Tertius* n'a pas un rapport direct avec la vente. Si donc, plus tard, *Tertius* étant venu à mourir, *Primus* et *Secundus* sont appelés à lui succéder, et si *Primus* prétend que *Secundus,* étant donataire de *Tertius,* doit à sa succession le rapport de 10.000 fr., l'énonciation contenue dans l'acte de vente ne pourra lui servir que de commencement de preuve par écrit.

2085. Les énonciations qui ont un rapport direct à la disposition font foi aussi bien au regard des tiers qu'entre les les parties. L'art. 1320, il est vrai, ne le dit qu'en ce qui regarde ces dernières. Mais l'art. 1319, nous le savons, s'exprime dans les mêmes termes quant à la convention ou disposition principale. Or nous avons montré qu'on n'est pas autorisé à en conclure que cette convention ou disposition ne fait pas foi à l'égard des tiers. Si, dans l'interprétation de l'art. 1319, l'argument *a contrario* ne doit pas être admis, pourquoi en serait-il autrement dans celle de l'art. 1320? (1).

Il s'ensuit, par exemple, que, dans la première des deux hypothèses prévues plus haut, la mention que les arrérages de la rente ont été payés jusqu'au jour de la passation de l'acte serait opposable à un créancier saisissant ou au cessionnaire de la rente (2).

(1) *Sic*, Marcadé, V, sur l'art. 1320, n. II; Bonnier, n. 509; Aubry et Rau, VIII, p. 214 *in fine* et 215, texte et note 63; Larombière, V, p. 544-545 (art. 1320, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 292-294; Laurent, XIX, n. 172-177; Arntz, III, n. 308 et 311; Thiry, III, n. 121; Huc, VIII, n. 231. — *Contra* Toullier, VIII, n. 157 et 161; Duranton, XIII, n. 98; Zachariæ, § 751, texte et note 15. — Cpr. Civ. rej., 21 janvier 1857, S., 58. 1. 296, D. P., 57. 1. 66.

(2) Aubry et Rau, VIII, p 215, texte et note 64; Larombière, V, p. 546 (art. 1320, n. 7, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 294.

2086. Sans aucun doute, une personne qui n'a pas figuré dans un acte ne saurait se voir opposer, comme titre constitutif d'un droit que les parties ne pouvaient pas établir à son détriment, une énonciation contenue dans cet acte. Par exemple, si un acte notarié, constatant la vente d'un immeuble, porte qu'il existe au profit de celui-ci une servitude sur l'immeuble d'un voisin, cette énonciation ne peut pas être invoquée par l'acquéreur, au regard de ce voisin, comme un titre lui permettant de réclamer la servitude. Mais il ne s'ensuit point que les énonciations dont nous parlons soient dépourvues de force *probante* au regard des tiers. Dans l'espèce prévue, la servitude ne saurait, dans les rapports de l'acquéreur et du voisin, être considérée comme existante; sans quoi la convention nuirait à ce dernier, bien qu'il n'y ait pas été partie, ce qui serait contraire à la disposition de l'art. 1165. Mais le fait que le vendeur a affirmé l'existence de la servitude se trouve prouvé néanmoins, même au regard du voisin [1].

Pothier faisait à cet égard une confusion, car, pour lui, l'espèce que nous venons de reproduire était une application de ce prétendu principe que « l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte de ce qui y est énoncé » [2], et cette confusion se retrouve dans quelques-uns des premiers commentateurs du Code [3].

2087. Pothier disait ensuite : « Cette règle souffre exception; car *in antiquis enuntiativa probant,* même contre les tiers, lorsque ces énonciations sont soutenues de la longue possession. Par exemple, quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très longtemps une vue sur la maison voisine, et que, dans les anciens contrats de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle à ce droit de vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et

[1] Marcadé, V, sur l'art. 1320, n. IV; Aubry et Rau, VIII, p. 215-216; Larombière, V, p. 546-547 (art. 1320, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 299; Laurent, XIX, n. 172, dern. alin., p. 181; Arntz, III, n. 312, al. 1; Thiry, III, n. 121 *in fine.*

[2] *Oblig.*, n. 739, al. 4 et 5 (édit. Dupin, I, p. 439).

[3] Duranton, XIII, n. 98. — V. aussi Toullier, VIII, n. 161.

que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats » (1). Presque tous les auteurs modernes enseignent que cette solution ne saurait être admise sous l'empire du Code (2). Cela nous paraît incontestable. Seulement nous devons faire observer de nouveau qu'il s'agit ici, non pas de la force probante des actes instrumentaires, mais bien de l'effet des conventions. Si la maxime *In antiquis enuntiativa probant* ne peut pas aujourd'hui s'appliquer, c'est parce que, n'ayant pas été consacrée par un texte spécial, elle se trouve implicitement abolie par la disposition générale de l'art. 1165, aux termes duquel les conventions ne nuisent point aux tiers (3).

2088. Quant aux énonciations étrangères à la disposition, il est certain que les parties ne peuvent même pas y puiser un commencement de preuve contre les tiers (4). Mais ces derniers sont-ils admis à se prévaloir de ces énonciatians contre les parties? Avant de répondre, remarquons que la déclaration contenue dans une énonciation étrangère au dispositif n'émane que de l'un des contractants. Ceci posé, distinguons: les tiers peuvent invoquer une énonciation de cette nature contre celle des parties qui l'a formulée; ils ne sauraient toutefois y puiser qu'un commencement de preuve par écrit, car il est impossible que la foi probante de cette énonciation soit plus forte en leur faveur qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent pas, au contraire, opposer la déclaration à celle des parties dont elle n'émane pas (5).

(1) *Op. cit.*, n. 740. — V. aussi Dumoulin, *op. cit.*, tit. I, § VIII, n. 77 (Paris, 1625, I, col. 337).

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1320, n. 5; Bonnier, *op. cit.*, n. 510; Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-XIV; Aubry et Rau, VIII, p. 216, texte et note 65; Larombière, V, p. 549-550, art. 1320, n. 10; Demolombe, XXIX, n. 300; Laurent, XIX, n. 181; Arntz, III, n. 312; Thiry, III, n. 120 *in fine*, p. 145-146. — V. aussi Bordeaux, 28 mai 1834, S., 34. 2. 554. — Civ. rej., 16 juill. 1849, S., 49. 1. 545. — Cependant Toullier enseigne qu'en dehors de la matière des servitudes, la maxime *In antiquis enuntiativa probant* est encore applicable, VIII, n. 164-166.

(3) Certains auteurs pour exclure aujourd'hui l'application de la maxime *In antiquis enuntiativa probant*, invoquent uniquement la disposition de l'art. 685, aux termes duquel les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent pas s'acquérir par la prescription. Ce raisonnement est insuffisant, car la vieille maxime concernait toute espèce de droits. Laurent, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, VIII, p. 216, texte et note 66; Huc, VIII, n. 231.

(5) Laurent, XIX, n. 173 *in fine*, p. 182.

III. *Force exécutoire du titre authentique.*

2089. Il nous faut voir maintenant une conséquence de la force probante attachée aux actes authentiques : c'est la *force exécutoire*. Nous le ferons brièvement, parce que ce sujet ne touche que d'une manière accessoire à la matière de la preuve.

La force exécutoire d'un titre authentique est la propriété qu'il a de conférer par lui-même, et sans qu'on ait besoin de s'adresser à la justice, le bénéfice de l'exécution forcée. Ainsi le créancier, dont le droit résulte d'un acte authentique, peut *de plano* faire saisir et vendre les biens de son débiteur qui refuse de payer; le propriétaire qui est armé d'un titre de la même nature, a la faculté de se faire mettre *manu militari* en possession de la chose qui lui appartient et qu'on ne veut pas lui livrer.

La force exécutoire est un avantage réservé à l'authenticité. L'acte sous seing privé en est dépourvu; le porteur d'un acte de cette nature, s'il en est réduit à employer des voies de rigueur pour faire exécuter l'obligation qui y est relatée, doit préalablement assigner le souscripteur, afin d'obtenir contre lui un jugement de condamnation, c'est-à-dire un titre exécutoire.

2090. La loi a subordonné à certaines conditions la production de la force exécutoire : — 1° Il faut d'abord que l'acte authentique soit susceptible d'exécution forcée. Si la force exécutoire ne peut appartenir qu'à un acte authentique, elle n'appartient pas à tous. Les actes notariés, en vertu de l'art. 19 de la loi du 25 ventôse an XI, et les jugements ou arrêts, en vertu de l'art. 547 C. pr., sont les seuls qui emportent exécution forcée. Ce privilège est notamment refusé au procès-verbal de conciliation dressé par un juge de paix (C. pr., art. 54); — 2° Il faut ensuite que l'acte soit revêtu de la formule exécutoire (C. pr., art. 545). Aux termes du décret des 28 septembre 1871, la formule exécutoire actuellement requise commence par ces mots : « RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Au nom du peuple français » et se termine ainsi : « En conséquence, le Président de la République française mande et ordonne, etc.;

— 3° La légalisation est en outre nécessaire lorsqu'on veut faire exécuter l'acte au-delà de certaines limites, savoir : en dehors du ressort de la cour d'appel, si l'acte a été dressé par un notaire établi au chef-lieu de cette cour, et en dehors du département, s'il a été reçu par tout autre notaire. Loi du 25 ventôse an XI, art. 28.

IV. *De l'inscription de faux.*

2091. *L'inscription de faux* est une procédure spéciale qu'on doit suivre quand il s'agit de constater un faux en écriture. Cette procédure est ainsi nommée parce que la partie privée qui veut l'entamer doit se faire inscrire au greffe.

Celui qui se propose de combattre un acte authentique, peut l'attaquer soit par la voie criminelle, soit par la voie civile (1). Pour employer la terminologie courante, nous dirons que, dans le premier cas, il y a *faux principal* et, dans le second, *faux incident civil* (2). Les expressions *principal* et *incident* s'expliquent par ce fait que, d'ordinaire, lorsque l'attaque est dirigée contre l'acte au civil, elle intervient dans une autre instance et, par conséquent, incidemment, tandis qu'il en est autrement lorsqu'elle a lieu au criminel. Mais ce n'est pas là une nécessité : il peut arriver que la poursuite pour faux soit, dans le premier cas, principale, et, dans le second, incidente. Art. 458 C. I. cr. (3).

(1) La fausseté d'une pièce pouvant résulter d'une erreur aussi bien que d'un crime, l'ordonnance de non-lieu dans laquelle un juge d'instruction se borne à déclarer qu'il n'y a pas d'indices suffisants du crime de faux, ne s'oppose pas à ce qu'on prouve ensuite que la fausseté de la pièce est la conséquence d'une erreur. *Sic* Crim. cass., 25 juin 1881, S., 82. 1. 389, D. P., 81. 1. 444. — *Contra* Toulouse, 18 juin 1875, D. P., 78. 2. 214.

(2) V. sur la distinction du faux criminel et du faux incident civil, Bonnier, *op. cit.*, n. 608; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de procéd.*, II, 1re édit., § CCCXXII, p. 471-473, et 2e édit., § 813, p. 681-682.

(3) *Sic* Chauveau sur Carré, *Lois de la proc.*, II, quest. 864; Rodière, *Cours de compét. et de procéd. en matière civile*, I, p. 452; Bonin, *Comment. de la proc. civ.*, p. 195; Garsonnet, *op. cit.*, II, 1re édit., § CCCXXIV, p. 478-479, et 2e édit., § 818, p. 687-689; Mourlon, II, n. 1531, note; Mourlon et Naquet, *Répét. écrites sur le C. de proc.*, p. 451; Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-XVIII; Demolombe, XXIX, n. 283; Laurent, XIX, n. 149; Bonnier, *op. cit.*, n. 609, p. 521-523; Thiry, III, n. 122, p. 147; Planiol, II, 1re édit., n. 90, al. 2, et 2e édit., n. 84, al. 2. — Bordeaux, 30 août 1841, S., 42. 2. 147, D., *Répert. alph.*, v° *Faux incident*, n. 66.

2092. Le nom d'inscription de faux vient du droit romain, où les accusations criminelles se présentaient sous la forme d'un *libellus inscriptionis*, signé de l'accusateur (1). Cependant les accusations de faux furent dispensées de cette formalité par Antonin le Pieux, parce qu'elle était de nature à entraver le châtiment des faussaires (2). Cette exception fut confirmée par Constantin (3), qui, d'ailleurs, ne tarda pas à la supprimer (4). Elle fut rétablie par Gratien (5), mais abolie de nouveau par Justinien (6). En France, les allégations de faux se multiplièrent à tel point que la formalité de l'inscription, supprimée en principe par la pratique, fut maintenue en matière de faux. Elle fut consacrée par l'ordonnance d'août 1670 et par celle de juillet 1737. Notre législation moderne l'a empruntée aux dispositions de ces ordonnances.

2093. La procédure d'inscription de faux est compliquée et périlleuse. La partie qui l'emploie doit obtenir successivement trois jugements, et, si elle succombe, elle encourt une amende de 300 francs au moins, et elle peut, en outre, être condamnée à des dommages-intérêts au profit de son adversaire. Le législateur a voulu ainsi décourager les personnes qui seraient portées à nier de mauvaise foi ou à la légère la sincérité des actes authentiques (7).

2094. Toutefois la doctrine et la jurisprudence s'accordent

— *Contra* Pigeau, *Proc. civ.*, I, p. 336; Thomine-Desmazures, *Comment. sur le C. de pr. civ.*, I, p. 384; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Faux incident*, § 2, n. 3; Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de proc.*, I, n. 446; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Faux incident civil*, n. 12 s.; Pont, *Rev. de législ.*, II (1846), p. 344. — Civ. cass., 25 juin 1845, S., 45. 1. 742, D. P., 45. 1. 325, D., *Répert. alph.*, v° *Faux incident*, n. 66. — Req., 13 février 1860, S., 60. 1. 545, D. P., 60. 1. 341; 4 mai 1875, S., 75. 1. 272. — Toulouse, 16 juin 1887, S., 88. 2. 140, D. P., 87. 1. 399. — V. notamment Bonnier, *op. cit.*, n. 608 et 656-661, p. 520, 551-555; Laurent, XIX, n. 149.

(1) L. 3, D., *De accus it.*, XLVIII, 1. — V. notamment Bonnier, *op. cit.*, n. 610, p. 523-524.

(2) Cod. Théod., l. 4, § 1, *Ad leg. Corn. de fals.*, IX, 19.

(3) Cod. Théod., l. 2, eod. tit.

(4) Cod. Théod., l. 5, *De accus.*, IX, 1.

(5) Cod. Théod., l. 4, *Ad leg. Corn. de fals.*, IX, 19.

(6) Cod. Just., l. 22 et 23, *Ad leg. Corn. de fals.*, IX, 22.

(7) V. sur les diverses phases de la procédure d'inscription de faux, Garsonnet, *op. cit.*, II, 1re édit., §§ CCCXVII-CCCXX, n. 452-470, et 2e édit., §§ 803-811, p. 661-679; Bonnier, *op. cit.*, n. 615-655, p. 527-551.

à décider que les tribunaux peuvent, sans inscription de faux, rejeter l'acte qui est manifestement dépourvu des apparences de l'authenticité : « Attendu, en droit, dit la cour de cassation, que, d'après la disposition formelle de l'art. 214 du Code de procédure, celui qui prétend qu'une pièce est fausse ou falsifiée, peut seulement, *s'il y échet,* être reçu à s'inscrire en faux incident civil ; qu'ainsi ce n'est pas une *obligation* que cette disposition impose aux juges, mais bien une *faculté* qu'elle leur accorde et dont elle soumet l'exercice à leur conscience et à leurs lumières ; que si la contexture, la forme et l'ensemble de la pièce présentent des vices tellement *matériel* que sa fausseté ou sa falsification résulte évidemment de la simple inspection oculaire elle-même, les juges peuvent la déclarer fausse ou falsifiée, sans être astreints à subordonner leur conviction et leur jugement à l'inscription de faux » (1). Faut-il, comme l'a prétendu Merlin, distinguer ici entre le faux *formel* et le faux *matériel,* et restreindre notre solution à celui-ci ? Le faux formel suppose la fabrication d'un faux acte sur lequel on contrefait la signature de l'officier public, tandis que le faux matériel consiste dans l'altération d'un acte véritable au moyen d'additions, d'interpellations, etc... Nous croyons que, dans les deux cas, les juges, s'ils ont la conviction de la fausseté de l'acte attaqué, peuvent le rejeter immédiatement. Toutes les fois, en effet, que la preuve testimoniale est admissible, l'art. 1353 autorise les juges à se décider par des présomptions, graves, précises et concordantes. Or la procédure d'inscription de faux, n'étant qu'une mise en œuvre de la preuve testimoniale sous forme d'enquête ou d'expertise, laisse place à l'application de l'art. 1353. Une exception formelle serait nécessaire pour qu'il en fût autrement ; mais cette exception n'existe pas. Au surplus l'art. 214

(1) Req., 23 août 1836, S., 36. 1. 740, D., *Répert. alph.*, v° *Faux incident*, n. 58-2°. — V. dans le même sens Aubry et Rau, VIII, p. 211-212 ; Larombière, V, p. 533-534 (art. 1319, n. 21) ; Demolombe, XXIX, n. 284 ; Laurent, XIX, n. 150 ; Garsonnet, *op. cit.*, II, 1re édit., §§ CCCXVIII, p. 458-460, et 2e édit., § 805, p. 667-668. — Req., 18 août 1813, S. chr., IV, 1, 432, col. 3 *in fine ;* 20 février 1821, S. chr., VI, 1, 384, D., *op.* et v° *cit.*, n. 56-1° ; 12 janvier 1833, S., 34. 1. 798, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 2089. — V. aussi Civ. rej., 25 mars 1835, S., 35. 1. 510, D. P., 35. 1. 249.

C. pr. civ. dispose en termes généraux que : « Celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée peut, *s'il y échet,* être reçu à s'inscrire en faux... ». *S'il y échet*, c'est-à-dire suivant les circonstances, et ces circonstances, abandonnées à l'appréciation des juges, sont les présomptions graves, précises et concordantes qui leur permettent de déclarer immédiatement aussi bien la fausseté de la pièce que sa sincérité, sans qu'il y ait à distinguer entre le faux formel et le faux matériel [1].

2095. Déterminons l'effet de la poursuite pour faux. Si elle réussit, l'acte, dès que le faux est constaté par une décision de justice, perd sa force probante et sa force exécutoire. Mais, préalablement et tant que la question est encore pendante, son exécution forcée peut-elle être suspendue ? L'art. 1319, al. 2, répond : « *Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte* ».

Il faut donc faire une distinction. Si l'acte est attaqué par la voie criminelle, la suspension résulte de plein droit de l'arrêt qui prononce la mise en accusation et renvoie l'inculpé devant la cour d'assises. A partir de ce moment, en effet, le faux est devenu assez probable pour que l'exécution de l'acte soit provisoirement suspendue. Si la question a été portée devant la juridiction civile, il n'y a pas alors, dans la procédure, de moment précis où le faux doive nécessairement devenir très vraisemblable. Aussi la suspension n'est-elle que facultative pour les juges. Ils peuvent la prononcer s'ils estiment qu'il s'est élevé de graves présomptions dans le sens du faux. Ils le peuvent « suivant les circonstances », dit l'art. 1319 ; en d'autres termes, ils ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire [2].

[1] *Sic* Laurent, *loc. cit.* — *Contra* Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Inscr. de faux*, § 1.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 282 *bis*-XVIII ; Larombière, V, p. 537-538 (art. 1319, n. 23) ; Demolombe, XXIX, n. 283 ; Laurent, XIX, n. 149 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 611 ; Thiry, III, n. 122 *in fine* ; Huc, VIII, n. 230.

2096. Sous notre ancienne jurisprudence, qui, sur ce point était conforme à la loi romaine [1], l'acte authentique, attaqué de faux, conservait sa force exécutoire, tant que le faux n'avait pas été judiciairement reconnu. Jusque-là on appliquait la maxime *Provision est due au titre.* « Cette décision est très sage, disait Pothier. Le crime ne se présume pas, et il serait très dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant longtemps le paiement des dettes légitimes par des accusations de faux » [2]. La loi des 29 septembre-6 octobre 1791, sur l'organisation du notariat, consacrait le même système ; elle disposait, en effet, que les actes des notaires publics seraient exécutoires dans tout le royaume, nonobstant l'inscription de faux, jusqu'à jugement définitif. Tit. I, sect. 2, art. 13.

Mais ce système avait le très grave défaut de permettre aux créanciers de saisir les biens de leurs débiteurs, quelque probable que fût la fausseté du titre en vertu desquels ils exerçaient les poursuites. Aussi la loi du 25 ventôse an XI a-t-elle proclamé d'autres principes. Après avoir disposé que : « Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République », elle ajoute : « Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la déclaration du jury d'accusation, prononçant *qu'il y a lieu à accusation ;* en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant la gravité des circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte ». Art. 19. Les auteurs du Code ont cru avec raison devoir reproduire cette disposition : « Sans doute, dit Bigot-Préameneu, il ne doit pas dépendre de la personne obligée de suspendre son engagement par une plainte en faux ; mais si, lorsqu'il s'agit d'un faux principal, le prévenu a été mis en accusation, et si, lorsqu'il s'agit d'une inscription de faux faite incidemment, les juges sont frappés des apparences de fausseté, n'y a-t-il pas trop d'inconvénients à une exécution provisoire dont l'effet peut être irréparable ? » [3].

(1) L. 2, C., *Ad leg. Corn. de fals.*, IX, 22.
(2) *Oblig.*, n. 735, dern. al. (édit. Dupin, I, p. 438).
(3) *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 291, Locré, XII, p. 334, n. 187.

V. *Des actes nuls comme authentiques.*

2097. Quand les conditions requises pour l'authenticité ne sont pas réunies, l'acte est nul comme acte authentique ; mais sa nullité ne saurait exercer aucune influence sur la validité de la convention ou du fait juridique qu'il est destiné à constater. La preuve que les parties entendaient se ménager leur fait défaut, mais le sort du droit en est absolument indépendant ; elles pourront l'établir par les autres modes de preuve que la loi autorise, et, si elles ne peuvent y parvenir, le droit n'en existera pas moins ; seulement il sera paralysé quant à son exercice [1].

Il y a toutefois exception à ce principe dans deux cas : 1° lorsque le contrat est solennel, parce qu'alors l'authenticité est substantielle ; 2° lorsque les parties ont subordonné la formation d'un contrat, consensuel de sa nature, tel que la vente, à la condition qu'il serait constaté par un acte authentique et que cet acte serait valable comme tel [2].

2098. Mais, si l'acte qui ne réunit pas les conditions étudiées plus haut est dépourvu du caractère de l'authenticité, ne peut-il pas, cependant, servir de moyen de preuve ? Le législateur a consacré l'affirmative, mais seulement sous certaines conditions et dans certains cas : « *L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou par un défaut de forme,* dit l'art. 1318, *vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties* ». Ce texte n'est que la reproduction abrégée de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ainsi conçu : « *Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52..., est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée ; sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages et intérêts contre le notaire contrevenant* ». Pothier disait déjà :

[1] « *Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio* ». L. 30, D., *De test. tut.*, XXVI, 2.

[2] Bonnier, *op. cit.*, n. 489 ; Larombière, V, p. 514 (art. 1318, n. 13) ; Demolombe, XXIX, n. 267 ; Laurent, XIX, n. 98.

« Lorsque l'acte n'est pas authentique, soit par l'incompétence ou l'interdiction de l'officier, soit par le défaut de forme, s'il est signé des parties, il fait au moins la même foi contre la partie qui l'a signé qu'un acte sous signature privée. Boiceau, p. 2, ch. IV » (1).

Quel est le motif de cette décision? Il est raisonnable de présumer que les contractants qui ont voulu se constituer la preuve littérale la plus énergique, n'ont pas entendu, dans le cas où une irrégularité vicierait l'acte authentique, renoncer à la force probante qui peut lui rester (2).

Dans certains cas exceptionnels, il est vrai — où personne, d'ailleurs, n'est d'avis d'appliquer l'art. 1318, — cette présomption, comme on l'a vu plus haut, serait manifestement inexacte. Mais la plupart du temps, elle a sa raison d'être, et, par conséquent, la disposition de l'art. 1318, en tant que règle générale, est justifiée.

Il nous faut voir quelle est la force probante de l'acte nul comme authentique, à quelles conditions cette force probante est subordonnée et dans quels cas elle existe.

A. *Quelle est la force probante de l'acte nul comme authentique?*

2099. L'art. 1318, après Pothier et la loi de ventôse, dit que l'acte, nul comme authentique, *vaut comme écriture privée*. Cela signifie, non pas que cet acte constitue un acte sous seing privé, mais bien que cet acte, tel qu'il est, c'est-à-dire sous les seules conditions indiquées par l'art. 1318, a toute la force probante que peut avoir un acte sous seing privé (3).

Ainsi, pour qu'il ait cette force probante, il n'est pas besoin qu'il satisfasse aux exigences de l'art. 1325 (formalité du double écrit), quand la convention qu'il constate est synallagmatique, ni à celles de l'art. 1326 (formalité du *bon* ou *approuvé)*, quand il constate une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose appréciable. La difficulté, soulevée au sein du conseil d'Etat lors de la dis-

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 734 (édit. Dupin, I, p. 437).

(2) Colmet de Santerre, V, n. 280 *bis*-I; Demolombe, XXIX, n. 243; Laurent, XIX, n. 116.

Demolombe, XXIX, n. 215.

cussion du projet du Code civil, dans la séance du 2 frimaire an XII, a été positivement résolue dans ce sens [1]. Cette solution s'imposait d'ailleurs. Déclarer applicables les art. 1325 et 1326, c'eût été réduire à une vaine formule la disposition de l'art. 1318, puisque les parties, qui veulent et croient faire un acte authentique, n'auront jamais en fait accompli les conditions de validité de l'acte sous seing privé, auquel elles ne songent pas. Ajoutons enfin que les formalités du double original et du *bon* ou *approuvé* n'ont plus de raison d'être, quand l'acte a été reçu par un officier public. En prescrivant la première pour la constatation des contrats bilatéraux, la loi a voulu que chacun des contractants eût entre les mains une preuve de l'obligation contractée à son égard ; or l'acte dont il s'agit dans l'art. 1318 sera conservé, comme les titres authentiques réguliers, dans les archives de l'officier public qui l'a reçu, et sera toujours également à la disposition des deux parties. De même, en prescrivant la formalité du *bon* ou *approuvé,* quand le souscripteur n'a pas écrit lui-même le corps du billet, le législateur a voulu prévenir l'abus des blancs-seings et les surprises dont peut être victime un débiteur qui a signé le billet de confiance sans en vérifier suffisamment la teneur ; or ces abus et ces surprises sont moins à craindre, lorsque l'acte a été rédigé par un officier public [2].

On voit qu'en résumé l'acte qui nous occupe n'est ni un

[1] Fenet, XIII, p. 113; Locré, XII, p. 215, n. 11.

[2] *Sic* Favard, *Rép.*, v° *Acte notarié*, § 7, n. 5; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Acte notarié*. n. 468 ; Duranton, XIII, n. 71 ; Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. 1; Mourlon, II, n. 1535; Colmet de Santerre, V, n. 280 *bis* III; Aubry et Rau, VIII, p. 217, texte et note 68; Bonnier, *op. cit.*, n. 491 ; Larombière, V, p. 503-504 (art. 1318, n. 3) ; Demolombe, XXIX, n. 246; Laurent, XIX, n. 117; Arntz, III, n. 305; Thiry, III, n. 117, p. 142; Huc, VIII, n. 227, p. 279; Planiol, II, 1re éd., n. 153 et 1202, et 2e éd., n. 148 et 1151 ; *Code des notaires expliqué, Comm. des lois organiques du notariat*, compl. du *Formulaire du not.* (Paris, 1903, p. 537). Pour la non applicabilité de l'art. 1325, Bruxelles, 17 juin 1812, S. chr., IV, 2. 135, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3785. — Paris, 13 avril 1813, S. chr., IV, 2. 292, D., *loc. cit.* — Caen, 28 juill. 1861, S., 62. 2. 59. — Civ. cass., 27 janv. 1869, S., 70. 1. 169, D. P., 69. 1. 152; 10 déc. 1884, S., 85. 1. 166, D. P., 85. 1. 66. — Pau, 13 juill. 1886, S., 87. 2. 63, D. P., 87. 2. 180. — *Contra* Zachariæ, § 751, texte et note 9. — D'après Delvincourt, il faudrait distinguer : l'art. 1326 serait applicable, mais non l'art. 1325, II, p. 178, notes 6 et 7.

titre authentique, ni un titre sous seing privé, mais une espèce d'acte qui tient le milieu entre les deux précédents [1].

2100. Mais l'acte dont parle l'art. 1318 ne peut en aucun cas valoir plus que ne vaudrait un acte sous seing privé. *Il vaut comme écriture privée,* dit l'art. 1318, c'est-à-dire qu'il vaut ce que vaudrait un titre sous seing privé, pas davantage.

D'où les conséquences suivantes :

1° Le titre n'aura aucune valeur, si le contrat qu'il était destiné à constater est un contrat solennel, par exemple une donation. En pareil cas, en effet, la forme authentique est une condition de la formation même du contrat [2].

2° L'acte que vise l'art. 1318 ne peut faire foi de sa date à l'égard des tiers que dans les conditions déterminées par l'art. 1328. A cet égard, l'art. 1319 ne lui est certainement pas applicable : du moment que l'acte est nul comme authentique, on ne saurait soutenir qu'à raison de l'attestation de l'officier public, il fait, par lui-même, foi de sa date contre les tiers. C'est donc l'art. 1328 qui le régit [3].

B. *A quelles conditions l'article 1318 est-il applicable?*

2101. *a.* L'application de l'art. 1318 suppose d'abord que l'acte a été reçu ou dressé par un officier public dans l'exercice de son ministère. Cette condition résulte du texte même de cet article : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'*officier*... » [4]. La garantie qu'offre toujours la présence d'un officier public, malgré son incompétence ou son incapacité ou le vice de forme qu'il a pu commettre, remplace, dans la pensée du législateur, les formalités protectrices auxquelles sont soumis dans la plupart des cas les

[1] Colmet de Santerre, V, n. 280 *bis*-V; Demolombe, XXIX, n. 247. — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. I; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Acte notarié*, § 7, n. 5.

[2] Duranton, XIII, n. 69; Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. VI; Bonnier, *op. cit.*, n. 489; Larombière, V, p. 506-507 (art. 1318, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 249. *Code des not. expliqué, Comment. des lois organ. du not.*, p. 536 *in fine*.

[3] Demolombe, XXIX, n. 248; Laurent, XIX, n. 284; Thiry, III, n. 118, p. 142.

[4] Colmet de Santerre, V, n. 280 *bis*-V; Demolombe, XXIX, n. 251; Laurent, XIX, n. 118.

actes sous seing privé et dont l'acte nul comme authentique se trouve affranchi.

2102. Il en résulte que l'art. 1318 est inapplicable à l'acte passé devant un clerc de notaire, en l'absence de son patron. Et il en est ainsi alors même que le notaire a signé cet acte après coup et l'a déposé au rang de ses minutes. Dans cette hypothèse, en effet, la personne qui a prétendu instrumenter était sans caractère public, et, par conséquent, ne présentait pas la garantie exigée par l'art. 1318. La signature que le notaire a, dans la suite, apposée sur l'acte et le dépôt qu'il a fait de celui-ci au rang de ses minutes, ne suppriment certainement pas les dangers d'un pareil procédé, car on ne saurait y voir l'équivalent de la réception par un officier public. Cette signature et ce dépôt, évidemment, ne prouvent point qu'au moment où l'acte a été passé les parties se sont clairement expliquées, que leurs explications ont été comprises et que lecture leur a été faite de l'acte (1).

2103. *b.* L'art. 1318 exige, en second lieu, que l'acte soit *signé des parties*. On ne conçoit pas que, sans cela, il puisse valoir comme écrit sous seing privé.

A défaut de cette condition, l'art. 1318 est inapplicable, même si le notaire a mentionné à la fin de l'acte, conformément à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, que les parties ou l'une d'elles ont déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. C'est seulement dans les actes notariés que cette mention peut suppléer à l'absence de signature des parties, et, par conséquent, c'est là un privilège de l'authenticité. Or l'acte dont nous parlons est nul comme authentique; il n'est donc pas régi par l'art. 14 de la loi de ventôse (2).

(1) *Sic* Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Acte notarié*, n. 441; Aubry et Rau, VIII, p. 217 *in fine;* Vaugeois, *Du sort des actes sous seing privé, non conformes aux prescriptions du Code* (Nancy, 1873). — Demolombe, XXIX, n. 253-254; Laurent, XIX, n. 118, p. 116. — Cpr. Req., 16 avril 1845, S., 45. 1. 654, D. P., 45. 1. 293. — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 492, dern. al.; Jozon, *Rev. du not. et de l'enreg.*, X (1869), p. 243; Larombière, V, p. 505 *in fine* (art. 1318, n. 4, dern. al.); Amiaud sur Rutgeerts, n. 1310; Huc, VIII, n. 227, p. 281. — Caen, 23 juillet 1861, S., 62. 2. 59. — Civ. cass., 27 janvier 1869, S., 70. 1. 69, D. P., 69. 1. 152; 10 décembre 1884, S., 85. 1. 166, D. P., 85. 1. 66 et, sur renvoi, Pau, 13 juillet 1885, *Rev. not.*, n. 7532.

(2) Toullier, VIII, n. 135; Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. III; Demolombe, XXIX, n. 264; Laurent, XIX, n. 120.

2104. La loi de ventôse, précisant plus que ne le fait l'art. 1318, dit que l'acte doit être signé par « *toutes* les parties contractantes ». Cette formule doit nous servir à interpréter les termes du Code. Il ne faut pas, toutefois, la prendre à la lettre : il convient d'en restreindre la portée dans une certaine mesure et de la traduire ainsi : l'acte doit être signé par toutes les parties *qui s'obligent*. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, la signature de chacune des parties est nécessaire, car elles s'engagent l'une et l'autre. Mais, dans le cas d'un contrat unilatéral, d'un prêt ou d'un dépôt, par exemple, celle de la partie obligée suffit. La loi, en effet, n'a pas pu, en ce qui regarde l'acte dont nous parlons, se montrer plus exigeante que pour l'acte sous seing privé. Or, quand ce dernier constate un contrat unilatéral, il n'est pas besoin qu'il soit signé par le créancier, l'acceptation de celui-ci résultant suffisamment du fait que son titre est en sa possession (1).

2105. La règle que l'acte doit être signé par toutes les parties qui s'obligent s'applique notamment quand il constate une obligation que plusieurs personnes ont contractée ensemble soit conjointement, soit solidairement. Si elles n'ont pas toutes signé l'acte, il ne vaut pas comme écriture privée, et cela même contre celles d'entre elles dont il porte la signature. Chacune de ces personnes, en effet, n'a entendu s'obliger que si toutes les autres s'engageaient avec elle. Or il ne résulte pas de l'acte que cette condition ait été remplie. Le contrat, sans doute, peut, néanmoins, être valable si l'absence de certaines des signatures ne s'explique pas par le refus de s'obliger, mais il ne saurait être établi au moyen du titre (2).

(1) Duranton, XIII, n. 73; Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. III, al. 2; Bonnier, *op. cit.*, n. 490; Colmet de Santerre, V, n. 280 *bis*-IV; Aubry et Rau, VIII, n. 219, note 75 *in fine;* Larombière, V, p. 508 (art. 1318, n. 8); Demolombe, XXIX, n. 265; Laurent, XIX, n. 119; Arntz, III, n. 305, p. 160; Thiry, III, n. 117, p. 141, *Code des not. expliqué, Comment. des lois organ. du not.*, p. 540.

(2) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. III *in fine*; Aubry et Rau, VIII, p. 219-220, texte et note 76; Demolombe, XXIX, n. 266; Laurent, XIX, n. 121; Thiry, III, n. 117, p. 141. — Cpr. Larombière, V, p. 508-510 (art. 1318, n. 9). — Req., 26 juill. 1832, S., 32. 1. 492; 26 janv. 1870, S., 70. 1. 169. — *Contra* Duranton, XIII, n. 72. — Cpr. Toullier, VIII, n. 136.

Le créancier ne pourrait-il pas, du moins, puiser dans l'acte un commencement de preuve par écrit pour justifier que les signataires ont voulu que le contrat fût exécuté, alors même que les autres parties ne signeraient pas? C'est dans le commentaire de l'art. 1347 que nous répondrons à cette question.

C. *Des cas où l'article 1318 est applicable.*

2106. *a.* L'art. 1318 vise d'abord le cas où le défaut d'authenticité provient de l'*incompétence* de l'officier public.

La disposition de cet article est certainement applicable lorsqu'il s'agit d'incompétence territoriale, notamment lorsqu'un notaire a reçu un acte hors de son ressort. Mais il n'en est pas de même quand l'incompétence est réelle ou absolue, en d'autres termes quand c'est à raison de la nature de l'acte que l'officier public était incompétent, ou, ce qui revient au même, quand l'acte ne rentrait pas dans les attributions de l'officier public. Par exemple, l'acte de vente dressé par un huissier ou par un officier de l'état civil peut, sans doute, constituer un titre sous seing privé, s'il a été rédigé en double et que mention ait été faite de l'observation de cette formalité ; mais, en l'absence de cette condition, il ne saurait *valoir comme écriture privée*, en vertu de l'art. 1318. Ce texte, il est vrai, mentionne en termes généraux « l'*incompétence* de l'officier », et, par conséquent, il ne distingue pas. Mais, si l'on combine l'art. 68 de la loi de ventôse, dont l'art. 1318 n'est, avons-nous dit, que la reproduction abrégée, avec les art. 6 et 8 de la même loi, on arrive nécessairement à cette conclusion que les auteurs du Code n'ont point eu en vue l'incompétence absolue ou réelle. Un officier public n'est, d'ailleurs, qu'un simple particulier pour tous les actes qu'il n'a pas mission de recevoir, et, par suite, à proprement parler, on ne peut pas dire, dans notre hypothèse, que l'acte ait été reçu par un officier public. Ainsi, en réalité, la première des conditions que nous avons indiquées comme requises pour l'application de l'art. 1318, fait ici défaut [1].

[1] Duranton, XIII, n. 74; Marcadé, sur l'art. 1318, n. V, al. 3; Mourlon, II, n. 1537-2°; Bonnier, *op. cit.*, n. 492; Aubry et Rau, VIII, p. 218, texte et note 70;

2107. *b.* L'art. 1318 parle ensuite de l'*incapacité* de l'officier public. Il s'applique donc à l'acte qu'un notaire a reçu après la notification, à lui faite, de sa suspension, par conséquent à un moment où il était incapable d'instrumenter.

Logiquement on ne devrait pas admettre la même solution dans le cas où l'acte a été reçu par un officier public après notification, à lui faite, de sa destitution ou de son remplacement, puisqu'il cesse alors d'être un officier public pour devenir une personne privée ; mais le contraire résulte de la combinaison des art. 68 et 52 de la loi de ventôse, qui mettent les cas de destitution et de remplacement sur la même ligne que la suspension (1).

Toutefois, qu'il s'agisse de suspension, de destitution ou de remplacement, notre décision suppose que les parties ignoraient la situation de l'officier public et que celui-ci continuait à exercer publiquement ses fonctions (2).

2108. Il se peut que l'incapacité de l'officier public résulte d'un empêchement relatif. C'est ce qui arrive lorsqu'un notaire a reçu un acte pour un de ses parents ou alliés au degré prohibé. Il n'est pas douteux que, dans ce cas, l'art. 1318 s'applique. L. 25 ventôse an XI, art. 68 et 8 cbn (3).

2109. Mais, si le notaire était partie personnellement intéressée dans l'acte, celui-ci ne vaudrait même pas, en sa faveur, comme écriture privée. Alors, en effet, le notaire étant partie à l'acte, il n'y a pas, en réalité, d'officier public, car on ne conçoit pas que le notaire comparaisse devant lui-même. Ainsi l'une des conditions exigées pour l'application de l'art. 1318 ne se rencontre pas dans l'hypothèse (4).

Larombière, V, p. 503-504 (art. 1318, n. 1 et 4); Demolombe, XXIX, n. 259; Laurent, XIX, n. 123; Huc, VIII, n. 227, *Code des notaires expliqué, Commentaire des lois organiques du not.*, p. 538.

(1) Duranton, XIII, n. 76; Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. V, al. 2; Mourlon, II, n. 1538; Aubry et Rau, VIII, p. 218; Demolombe, XXIX, n. 260; Laurent, XIX, n. 126.

(2) *Sic* Duranton, Marcadé, Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.* — *Contra* Laurent, même n° *in fine*.

(3) Marcadé, V. sur l'art. 1318, n. V, al. 4; Mourlon, II, n. 1538; Demolombe, XXIX, n. 257. — Req., 26 janv. 1870, S., 70. 1. 169, D. P., 71. 1. 101.

(4) Laurent, XIX, n. 125. — Cpr. Bonnier, *op. cit.*, n. 493; Aubry et Rau, VIII, p. 219; Larombière, V, p. 506 (art. 1318, n. 5); Demolombe, XXIX, n. 258, *Code*

2110. C. — L'art. 1318 vise enfin le cas où c'est par un « défaut de forme » que l'acte est dépourvu d'authenticité [1].

A titre d'exemple, on peut citer l'hypothèse où les témoins n'ont pas signé [2]. Mais cette application du principe a perdu beaucoup de son intérêt depuis la mise en vigueur de la loi du 12 août 1902 [3].

Lorsque c'est le notaire qui n'a pas signé l'acte, celui-ci ne peut pas valoir comme écriture privée. Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, l'art. 1318 n'est applicable que si l'acte a été reçu par un officier public. Or, la réception d'un acte par un notaire suppose essentiellement l'apposition de la signature de ce dernier sur l'acte dont il s'agit, et, par conséquent, à défaut de cette signature, le texte précité ne s'applique pas [4].

2111. Un acte entaché d'un vice de forme a été passé en brevet : vaudra-t-il comme écriture privée ? Faut-il répondre affirmativement alors même que cet acte constate une convention synallagmatique et alors même qu'aux termes de l'art. 20 de la loi de ventôse, il aurait dû être reçu en minute ? Oui, répond M. Larombière aux deux questions [5]. Cette solution paraît bien découler de la combinaison des

des notaires expliqué, Comment. des lois organiques du not., p. 539. — Orléans, 31 mai 1845, S., 49. 2. 631; 5 mai 1849, S., 49. 2. 453, D. P., 49. 2. 113. — Douai, 10 févr. 1851, S., 51. 2. 70, D. P., 51. 2. 61. — Civ. cass., 15 juin 1853, 1re espèce, (Larère) et 2e espèce (Sauvage), S., 53. 1. 529 et 655, D. P., 53. 1. 211 et 213. — Douai, 11 janv. 1862, S., 62. 2. 475, D. P., 62. 5. 218. — V. aussi Req., 20 janv. 1874, S., 74. 1. 110, D. P., 74. 1. 171.

(1) Rappelons que le défaut d'enregistrement dans le délai légal ne fait pas dégénérer un acte notarié en écriture privée. V. les autorités dans Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1317, n. 76.

(2) Larombière, V, p. 503 (art. 1318, n. 2, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 261.

(3) Aux termes du nouvel art. 9 de la loi de ventôse (l. 12 août 1902), les actes notariés peuvent, en principe, être reçus par un seul notaire et il n'est pas besoin que cet officier public soit assisté de témoins.

(4) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. V, al. 3 *in fine;* Bonnier, *op. cit.*, n. 492, 1er al. *in fine ;* Aubry et Rau, VIII, p. 218, texte et note 69 ; Demolombe, XXIX, n. 262; Laurent, XIX, n. 118, al. 2. — Paris, 14 août 1815, S. chr., V, 2. 56, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2800-1°; 17 déc. 1829, S. chr., IX, 2. 362, col. 3, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3802..— Riom, 13 juin 1855, S., 56. 2. 273, D. P., 56. 2. 233. — *Contra* Larombière, V, p. 503 (art. 1318, n. 2. al. 3).

(5) Larombière, V, p. 502 (art. 1318, n. 2). — V. aussi Vaugeois, *Rev. du not.*, IX (1868), p. 494.

art. 20 et 68 de la loi de ventôse. M. Demolombe objecte qu'elle peut avoir de graves conséquences lorsque la convention constatée par l'acte est bilatérale [1]. Mais cela ne prouve-t-il pas simplement qu'il vaudrait mieux, s'il s'agissait de légiférer sur notre hypothèse, consacrer la solution contraire [2]?

APPENDICE A L'ÉTUDE DES ACTES AUTHENTIQUES

DES NOTAIRES ET DES ACTES NOTARIÉS

I. *Organisation du notariat.*

A. *Définition, historique et généralités.*

N° 1. Définition.

2112. De tous les officiers qui peuvent imprimer à des actes le caractère de l'authenticité, ce sont les notaires qui doivent être cités en première ligne. Ils sont investis, en effet, à cet égard, d'une mission générale : « *Les notaires,* dit l'art. 1 de la loi du 25 ventôse an XI, contenant organisation du notariat, *sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions* ». L'art. 2 ajoute : « *Ils sont institués à vie* ».

Ainsi la loi de ventôse déclare formellement que les notaires sont des *fonctionnaires publics*. Toutefois, en ce qui regarde les diffamations dont ils sont l'objet, les notaires ne sont considérés ni comme des fonctionnaires publics, ni comme des dépositaires ou agents de l'autorité publique, ni comme des citoyens chargés d'un service ou mandat public, dans le sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881. Pour justifier cette décision, la cour de cassation fait observer « qu'ils ne sont chargés d'aucune partie de l'administration

[1] Demolombe, XXIX, n. 263. — Cpr. Teste, *Encycl. du dr.*, v° *Acte notarié*, n. 38 s.

[2] Marcadé, V, sur l'art. 1318, n. II.

publique et n'exercent leur ministère que dans des intérêts privés ». Il s'ensuit que, lorsque des imputations diffamatoires sont dirigées contre eux en cette qualité, à raison d'actes de leur ministère, la poursuite doit être portée devant la juridiction correctionnelle (1).

Mais, d'après la cour suprême, les outrages qui leur sont adressés dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions sont réprimés par l'art. 224 C. pén. Il faut, dans ce cas, assimiler les notaires aux « officiers ministériels » protégés par ce texte (2).

Ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, on ne peut pas dire que les notaires sont des officiers ministériels, ou, du moins, on ne peut pas le dire d'une façon absolue. Ce serait aller trop loin. Quelques-unes de leurs attributions leur sont, il est vrai, communes avec les officiers ministériels, et ils relèvent, en conséquence, de la censure du garde des sceaux. Mais ils ne sont pas des officiers ministériels proprement dits, car il y a incompatibilité entre la plupart de leurs fonctions et celles de ces officiers (3). Néanmoins, comme la jurisprudence admet qu'ils peuvent, pour le recouvrement de leurs honoraires, se prévaloir de la disposition de l'art. 60 C. pr. civ., il faut dire que, dans certains cas, ils sont assimilés aux officiers ministériels ou, suivant l'expression de certains auteurs, qu'ils sont des officiers ministériels de la *juridiction volontaire* (4).

Quoi qu'il en soit, à raison de sa qualité d'officier public

(1) Crim. rej., 15 juin 1883, S., 84. 1. 256, D. P., 84. 1. 256, D. P., 84. 1. 91; 21 juin 1884, S., 86. 1. 239, D. P., 86. 1. 48. — Nîmes, 5 mars 1885, *Rev. du not.*, n. 7082. — *Code des not. expliqué*, p. 8 *in fine*. — La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée plusieurs fois dans ce sens sous l'empire de la loi du 17 mai 1819. V. *Rép. gén. alph. du dr. franç.* (Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint), v° *Diffamation*, n. 822; D., *Répert. alph.*, v° *Presse-Outrage*, n. 1516-1517, et *Table des vingt-deux années, eod.* v°, n. 401, 539 et 773.

(2) Crim. cass., 22 juin 1809 (injures adressées à un notaire dans un moment où, sur la réquisition des parties intéressées, il venait de donner lecture d'un testament mystique dont il était dépositaire et dont il avait écrit la suscription en qualité de notaire), S. chr., III, 1. 76; 13 mars 1812, S. chr., IV, 1. 56. — *Sic Code des not. expliqué*, p. 9.

(3) Agen, 16 août 1854, D. P., 56. 2. 170.

(4) *Encycl. du not.*, v° *Officier ministériel*, n. 10; *Code des not. expliqué*, p. 9.

ou ministériel, le notaire qui a commis un abus de confiance au préjudice de son client, encourt la peine de la réclusion, par application de l'art. 408 C. pén., modifié par la loi du 13 mai 1863 (1).

N° 2. **Historique.**

2113. Retraçons rapidement les origines historiques du notariat.

Dans les premiers siècles qui suivirent la découverte de l'écriture, les personnes ignorantes qui voulaient obtenir la constatation durable de leurs conventions, s'adressaient naturellement à celles qui pratiquaient l'art graphique. Aussi existait-il déjà des scribes chez les Egyptiens, les Phéniciens, les Hébreux et les Grecs (2). Mais les actes par eux dressés n'acquéraient l'authenticité que lorsqu'ils avaient été présentés par les contractants, devant témoins, au magistrat qui avait pouvoir de les revêtir du sceau public (3).

A Rome, les fonctions de scribes furent d'abord remplies par les tabulaires (*tabularii*). Au début, on appelait ainsi les esclaves privés qui étaient chargés de tenir les comptes de leurs maîtres et de porter leurs messages. Puis on étendit cette qualification à des *personæ publicæ* qui avaient mission de recevoir par écrit les conventions des particuliers. A l'origine, elles se recrutaient parmi les esclaves publics, mais, vers l'an 401 après Jésus-Christ, il fut décidé par les empereurs Arcadius et Honorius que leur ministère ne pourrait être désormais rempli que par des hommes libres (4). Les *tabularii* n'avaient, d'ailleurs, aucun caractère public, et, par suite, leurs actes constituaient simplement des écritures privées (5).

(1) Crim. cass., 31 juillet 1874, S., 74. 1. 503, D. P., 75. 5. 5. — Crim. rej., 21 août 1874, S., 75. 1. 238, D. P., 75. 1. 41.

(2) Michot, *Histoire de la forme des conventions et actes privés depuis les temps les plus reculés ou origines du notariat*, I, n. 38 s.; Révillout, *Les obligations en droit égyptien*, p. 155, 161-162 et surtout 321-323; Bauby, *Tr. th. et prat. de la responsabilité civile des notaires*, Introduction, p. IV-V.

(3) Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Notaire* (2e édit., Paris, 1843, VI, p. 328).

(4) Souquet, *Dict. des temps légaux*, 380 tabl., 3e col., n. 2 et 3; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 4; Bauby, *op. cit.*, p. VI-VIII.

(5) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 5 (même édit., VI, p. 328).

Dans la suite, peut-être vers la fin de l'époque classique [1], furent institués les tabellions (*tabelliones*), qui avaient le caractère d'officiers publics [2] et dont les tabulaires devinrent les clercs [3]. Ces derniers recueillaient au moyen de signes abréviatifs (*notæ*) [4] les déclarations des parties; d'où le nom de notaires (*notarii*) qui leur fut donné [5]. C'est d'après leurs notes que l'acte définitif était rédigé; deux témoins devaient en certifier la sincérité par l'apposition de leurs cachets [6]; mais, pour que l'authenticité lui fût imprimée, il fallait qu'il fût enregistré *apud acta,* c'est-à-dire qu'il fût transcrit, comme les jugements, sur le registre d'audience [7].

2114. En ce qui regarde notre pays, c'est surtout à partir de Charlemagne que l'historique de notre sujet devient intéressant [8]. Ce prince érigea le notariat en une sorte de magistrature et donna aux notaires le nom de *judices chartularii.* Par deux capitulaires de l'année 803, il chargea les *missi dominici* d'en instituer dans les divers lieux où ils allaient exercer leurs fonctions et de tenir la main à ce que les évêques, abbés et comtes fussent chacun pourvus d'un notaire [9]. Dans une ordonnance de 823, Lothaire décréta

(1) V. Bauby, *op. cit.*, p. xv, texte et notes 3 et 4.

(2) Les tabellions devaient être jurisconsultes, d'une probité avérée, habiles dans l'art d'écrire et de parler. Ils formaient un collège, à la tête duquel se trouvait un chef appelé *primicerius.* Cujas, sur la loi *Universos* (l. 15), C., *De decur.*

(3) Consulter, sur les origines des *tabelliones* et des *notarii*, H. Bresslau, *Handbuch der Urkundentehre für Deutchland und Italien* (Leipzig, 1889); Pasquier, *Les recherches de la France,* liv. IV, ch. XIV, lettre C, t. I; Roger, *Etude sur les tabellions et la force probante de leurs actes;* Brunet, *Le parfait notaire apostolique et procureur des officialités.*

(4) V. Bauby, *op. cit.*, p. ix, note 1.

(5) On les appelait aussi *logographi* (qui écrivent assez vite pour suivre la parole. Nous dirions aujourd'hui : *sténographes*).

(6) Nov. 44 et 73. — Loyseau, *Tr. des offices*, liv. II, ch. V, n. 10; Champetier de Ribes, *Des actes publics en droit romain*, p. 35 s.; Lucas, *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels depuis l'antiquité romaine jusqu'à nos jours.*

(7) L. 6 C., *De re judicata*, VII, 52, et Nov. 73, cap. 7, § 3. — Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 8-10 (même édit., VI, p. 329).

(8) V. pour la période antérieure, Bresslau, *op. cit.*, I, p. 12 s.; Bauby, *op. cit.*, XXI-XXV.

(9) Baluze, *Cap. reg. franç.*, I, col. 421; Bresslau, *op. cit.*, I, p. 445, texte et note 4, et p. 461, texte et note 1; Bauby, *op. cit.*, p. 27.

des règles que ces fonctionnaires seraient tenus d'observer pour la rédaction de leurs actes.

Mais, dans les siècles suivants, cette organisation disparut, et le droit de recevoir des actes fut longtemps confondu avec celui de rendre la justice (1). Lorsque les comtes tenaient les plaids, les conventions étaient passées devant eux, en présence de témoins: ils les faisaient écrire par leurs chanceliers et leur donnaient la sanction publique (2). Plus tard, ils déléguèrent l'exercice de cette attribution aux juges qu'ils instituaient pour rendre la justice en leur nom, et ceux-ci chargèrent leurs greffiers d'écrire les conventions, de même qu'ils écrivaient les jugements (3). C'est par l'influence des idées romaines qu'on s'explique cette rédaction des contrats « en la court ». Elle n'est pas autre chose, en effet, qu'une survivance de la *confessio in jure* (4). Le caractère judiciaire de l'ancien notariat était très nettement indiqué, d'ailleurs, par les formules qui étaient employées dans les actes notariés. On lit, au commencement de ces actes, que les parties sont comparues devant le notaire « *comme en droit* ou *en jugement* », et, à la fin, que les parties ont été « *de leur propre consentement jugées et condamnées à entretenir* tout ce qui est contenu au contrat » (5).

Au début, c'était en présence du juge que les greffiers dressaient les contrats; mais comme, lorsque les parties sont d'accord, il n'a pas à intervenir, les greffiers, dans la suite, prirent l'habitude de rédiger les contrats hors la présence du juge (6).

Sous notre ancienne monarchie, le droit de *tabellionage*, c'est-à-dire le droit de nommer des notaires, appartenait à toute personne qui avait un droit de juridiction, par conséquent au roi, aux seigneurs (du moins aux seigneurs hauts

(1) Bauby, *op. cit.*, p. XXIX-XXX.

(2) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, II, ch. XXV, n. 18; Loyseau, *Tr. des offices*, liv. II, ch. V, n. 48, édit. de 1666, p. 172.

(3) Loyseau, *op. cit.*, liv. II, ch. V, n. 49.

(4) Planiol, II, 1re édit., n. 139 et 2e édit., n. 134.

(5) Loyseau, *op. cit.*, liv. II, ch. V, § 49-51; Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 849 s.

(6) Loyseau, *op. cit.*, liv. II, ch. V, n. 49-50.

justiciers châtelains) et à l'Eglise. D'où la distinction des notaires royaux, des notaires seigneuriaux et des notaires apostoliques (1).

2115-*a*. Les notaires royaux étaient ceux qui exerçaient en vertu de provisions délivrées par le roi (2).

D'après la plupart des auteurs, c'est Louis IX qui aurait créé ces fonctionnaires (3). Par une ordonnance dont le texte n'a pas été conservé, il aurait établi soixante offices de notaire près le Châtelet de Paris. Mais nous croyons que bien avant Louis IX et même, probablement, depuis l'institution du prévôt de Paris, le Châtelet était, comme toutes les autres juridictions de l'époque, pourvu de notaires ou greffiers. Louis IX paraît cependant avoir innové à certains égards : vers l'année 1270, il incorpora en une confrérie les clercs du greffe du Châtelet (4).

De plus, il est vraisemblable qu'il organisa une certaine division du travail entre les divers commis assermentés du prévôt (5). Enfin d'après une conjecture fondée sur de puissantes considérations, il attacha la force probante aux écrits dressés par les greffiers (6). Mais il n'est point exact qu'il ait attribué à ceux-ci le pouvoir de donner à leurs actes la force exécutoire (7).

Philippe-le-Bel, par une ordonnance de novembre 1291, déclara se réserver, pour lui et ses successeurs, la nomination des notaires ou tabellions dans tout le royaume (8). Mais les barons et prélats réclamèrent avec tant d'énergie qu'il dut,

(1) V. notamment Claude de Ferrière, *Parf. not.*, tit. I, ch. I (édit. de 1699, p. 4). — Il existait aussi des notaires *impériaux*, qui furent nommés d'abord par l'empereur d'Allemagne, puis par les comtes palatins. Mais, au point de vue spécial du droit français, ils ne présentent pas d'intérêt, et, au surplus, ils devinrent bientôt assez rares. — V. Bauby, *op. cit.*, p. LI, texte et notes 1 et 4.

(2) Ils étaient nommés soit directement par le roi, soit par certains de ses officiers. V. Bauby, *op. cit.*, p. LII, note 1.

(3) V. la liste de ces auteurs dans Bauby, *op. cit.*, p. LII, note 1.

(4) Ch. Desmaze, *Le Châtelet de Paris, son organisation, ses privilèges* (Paris, 1870), p. 153 ; Isambert, *Ancien. lois franç.*, IV, p. 371-374.

(5) Brunet, *Parf. not. apost.*, I, p. 49-50 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, v° *Notaire*, VI, p. 175 ; Bauby, *op. cit.*, p. LV.

(6) Bauby, *op. cit.*, p. XLV et LV.

(7) V. Bauby, *op. cit.*, p. XLVI.

(8) V. Isambert, *Anc. lois franç.*, II, p. 691, n. 297.

en 1302, leur reconnaître le même droit dans leurs domaines respectifs [1]. En 1300, ce roi, trouvant excessif le nombre des notaires au Châtelet de Paris, le réduisit à soixante [2].

Mais c'est surtout à raison de son ordonnance de juillet 1304 que nous devons mentionner ici Philippe-le-Bel [3]. Cette ordonnance présente tant d'importance qu'on l'a quelquefois qualifiée de *premier Code du notariat.* Par une de ses nombreuses dispositions, elle enjoint aux notaires de transcrire chacun de leurs actes sur un registre appelé *protocole* [4]. Toutefois les notaires du Châtelet furent affranchis de cette formalité. Mais ce privilège fut supprimé par une ordonnance de Charles VII, du 1er décembre 1437 [5]. Désormais les notaires furent ainsi obligés d'écrire trois fois au moins leurs actes. En effet, après les avoir reçus en *plumitif, note* ou *minute,* ils devaient les copier sur les *protocoles,* et, en dernier lieu, ils écrivaient les grosses destinées à être délivrées aux parties [6]. Mais, lorsque l'ordonnance d'Orléans (janvier 1560) eut exigé que la signature de celles-ci fût apposée sur la minute (art. 83 et 84), les notaires se dispensèrent de tenir des registres [7].

Cette dernière ordonnance prescrivit aussi de déposer aux greffes des juridictions royales auprès desquelles ils étaient immatriculés les registres des notaires démissionnaires ou décédés (Art. 83), et, par un édit de mai 1575, Henri III institua dans chaque siège royal un *garde-notes* dont la fonction consistait à conserver ces archives et à délivrer les expéditions des actes qui s'y trouvaient contenus [8].

(1) Ordonn. du 23 mars 1302, art. 36, *Ordonn. des rois de France*, I, p. 363.

(2) V. *Ordonn. des rois de France*, I, p. 336-337; Lévesque, *Chartres lettres...*, p. 15-24; Langloix, *Tr. des droits priv. et foncl. des not.*, p. ij.

(3) *Ordonn. des rois de France*, p. 416-420.

(4) Cette obligation figure déjà dans l'ordonnance promulguée en Lorraine, en 1232. Noel, *Rech. sur l'orig. du not. en Lorraine*, p. 1.

(5) *Ordonn. des rois de France*, XIII, p. 249-250. — A son tour, par l'art. 137 de l'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539), François Ier enjoignit à tous les notaires de France, sans distinction, de tenir un protocole.

(6) Loyseau, *Des offices*, liv. II, ch. V, n. 72.

(7) Néron et Girard, *Rec. d'éd. et d'ordonn.*, I, p. 402-403.

(8) Isambert, *Anc. lois franç.*, XIV, p. 274, n. 21.

Cependant l'usage avait rétabli en France la distinction romaine entre les tabellions et les notaires (1).

Par l'édit d'Angoulême, de novembre 1542, François Ier, consacrant cette réforme, érigea en offices, dans les juridictions royales, les titres des uns et des autres, et interdit aux notaires d'entreprendre la grosse des contrats, laquelle était réservée aux tabellions, tandis que le profit de la minute appartenait aux notaires. Par le même édit, il défendit aux juges, à leurs lieutenants et greffiers de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire entre les parties, comme ils le faisaient à cette époque (2). Quelques années plus tard, les fonctions de tabellion et celles de notaire furent déclarées incompatibles, sauf pour les notaires du Châtelet de Paris (3).

Le même roi établit des *garde-scel,* chargés d'apposer le scel de la juridiction sur les jugements et sur les contrats (4).

Dès 1579 les charges des gardes-notes avaient été réunies à celles des notaires, qui, depuis cette époque, en prenaient la qualité. Or, par un édit du mois de mai 1597, Henri IV réunit également les offices de notaires à ceux de tabellions, du moins pour la majeure partie de la France (5), de sorte que, désormais, il n'y eut plus que l'office de *notaire-tabellion-garde-notes* ou, plus simplement, de notaire royal (6), que ce roi déclara héréditaire (7).

Un arrêt de règlement du 27 février 1655, rendu au Parlement de Paris, prescrivit aux notaires de tenir un répertoire de leurs actes (8). Les répertoires furent substitués aux regis-

(1) V. Bauby, *op. cit.*, p. LVIII-LIX.

(2) V. Isambert, *Anc. lois franç.*, XII, p. 790-795. — *Adde* lettres patentes du 15 décembre 1543. — Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Tabellion*, n. 2, (2e édit., IX, p. 265, col. 2).

(3) Ordonn. du 11 décembre 1543, Isambert, *op. cit.*, XII, p. 835-839.

(4) Dans la suite, leur office fut rendu héréditaire. — Edit de décembre 1639, Néron et Girard, *op. cit.*, I, p. 903-904.

(5) Dans certains lieux, la distinction des notaires et des tabellions était maintenue. — Ragueau, v° *Notaire;* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Tabellion*, n. 4, (2e édit., IX, p. 266).

(6) A partir de ce moment, par conséquent, la garde des minutes fut comprise dans l'office des notaires.

(7) Jusque-là les charges par lui réunies n'avaient été données qu'à ferme. — Claude de Ferrière, *Parf. not.*, titre I, chap. I.

(8) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Répertoire des notaires*, n. 3 (2e édit., VIII, p. 264).

tres et protocoles que les notaires devaient tenir, conformément aux ordonnances de Louis XII et de François Ier, de 1510 et de 1539. L'obligation créée par l'arrêt de règlement de 1655 fut renouvelée par un arrêt du conseil du 21 juillet 1693, année où le contrôle a été établi, et elle subsiste encore aujourd'hui (1).

Enfin Louis XIV, par un édit de novembre 1706, supprima les offices de *garde-scel* et enjoignit aux notaires de se pourvoir chacun d'un sceau aux armes du roi qu'ils apposeraient eux-mêmes sur leurs actes (2).

Les notaires royaux pouvaient instrumenter entre toutes personnes, en quelque lieu de France qu'elles eussent leur domicile, pourvu que l'acte fût passé dans le ressort de la juridiction où le rédacteur était immatriculé (3).

Les contrats qu'ils recevaient emportaient hypothèque sur tous les biens des obligés, quel que fût le lieu du royaume où ces biens étaient situés, et ces contrats étaient exécutoires dans toute la France à la seule condition qu'ils fussent revêtus du sceau royal de la même juridiction (4).

Par un privilège particulier, les notaires du Châtelet de Paris pouvaient instrumenter dans toute l'étendue du royaume. Ceux d'Orléans et de Montpellier jouissaient de la même faveur (5), sauf toutefois pour la ville de Paris où ils ne pouvaient recevoir aucun acte, même par droit de suite, c'est-à-dire alors même qu'il s'agit, par exemple, d'un inventaire ou d'un partage commencé à Orléans ou à Montpellier (6).

(1) Rolland de Villargues, *op.* et *loc. cit.*

(2) Néron et Girard, *op. cit.*, II, p. 380 381. — Telle est l'origine de la disposition contenue dans l'art. 27 de la loi du 25 ventôse an XI.

(3) Les notaires royaux ne pouvaient, comme les autres, instrumenter que dans le ressort de la juridiction à laquelle ils étaient attachés, car, hors de ce ressort, ils n'étaient que des personnes privées. Claude de Ferrière, *Parf. not.*, tit. I, chap. I (édit. de 1669, p. 8) ; Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires royaux* (édit. de 1779, II, p. 242, col. 2).

(4) Claude de Ferrière, *Parf. not.*, liv. II, ch. II (édit. de 1699, p. 21) ; Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires royaux* (édit. de 1779, p. 242, col. 1 *in fine*).

(5) Ce privilège leur avait été octroyé par lettres patentes de Louis XII, datées de Troyes (avril 1510), renouvelées pour les notaires d'Orléans par lettres-patentes datées de Blois (mai 1512), *Ordonn.*, XXI, p. 411, 412, 474 et 475.

(6) Despeisses, *Œuvres* (Paris, 1706), III, p. 271 ; Claude de Ferrière, *Parf. not.*,

2116-*b*. Les *notaires seigneuriaux* (1) étaient ceux dont les charges avaient été instituées par des seigneurs hauts justiciers châtelains (2). Ils ne pouvaient recevoir d'acte que pour les habitants d'un lieu ressortissant à la justice où ils étaient immatriculés. Quand cette condition n'était pas remplie, leurs actes, alors même qu'ils eussent été reçus dans le ressort de la seigneurie, n'avaient force que d'écritures privées (3). Les contrats par eux passés, quoique munis du sceau de cette juridiction, ne pouvaient être mis à exécution hors de ce ressort que si l'on avait obtenu la permission du juge à cet effet. Le motif était que le sceau du seigneur, n'étant connu que dans l'étendue de la justice, ne pouvait pas étendre son pouvoir sur les terres du roi, ni sur celles des autres seigneurs (4). Mais ces contrats emportaient hypothèque sur les biens des obligés, en quelque lieu du royaume que ces biens fussent situés (5).

Il est permis de conjecturer qu'en général les seigneurs féodaux réalisèrent à leur tour, dans le ressort de leurs justices respectives, relativement aux notaires, les réformes dont le roi avait pris l'initiative sur ses propres domaines (6).

liv. I, ch. II (même édit., p. 9); Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires royaux* (édit. de 1779, II, p. 242, col. 2).

(1) V., pour plus de détails, Bauby, *op. cit.*, p. LXIV-LXVIII.

(2) Sauf concession particulière, un seigneur n'avait pas le droit de tabellionage par cela seul qu'il était haut justicier. Il fallait, en outre, qu'il fût châtelain. La juridiction contentieuse, en effet, était tout autre chose que la juridiction volontaire. Or le droit de tabellionage rentrait dans celle-ci. Bacquet, *Tr. des droits de justice*, ch. XXV, n. 1-10 (*Œuvres*, Lyon, 1744, I, p. 395-396); Loyseau, *Tr. des seigneuries*, ch. VIII, n. 85-89 (édit. de 1666, p. 82); Claude de Ferrière, *Parf. not.*, liv. I, ch. II (édit. de 1699, p. 5); Claude Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires des seigneurs*, al. 10, 11 et 12 (édit. de 1779, II, p. 243, col. 1). — Certaines coutumes reconnaissaient formellement le droit de tabellionage aux seigneurs châtelains, notamment Blois, art. 17; Senlis, art. 93; Touraine, art. 75; Angoumois, art. 5.

(3) Il n'en était pas de même, nous l'avons vu, pour les notaires royaux. Claude de Ferrière, *Parf. notaire*, tit. I, ch. II (édit. de 1699, p. 22 *in fine* et 23); Claude Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires des seigneurs* (édit. de 1769, p. 241, col. 2).

(4) Claude de Ferrière, *Parf. not.*, tit. I, ch. II (édit. de 1699, p. 24 *in fine*); Claude de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires des seigneurs*, al. 3 (édit. de 1779, p. 242, col. 2).

(5) Claude de Ferrière, *Parf. not.*, tit. I, ch. II (édit. de 1699, p. 23).

(6) Bauby, *op. cit.*, p. LXVI.

Il est probable qu'il y eut entre les notaires seigneuriaux et les notaires royaux des conflits analogues à ceux qui se produisirent entre les juridictions seigneuriales et les juridictions royales [1]. Il est probable également que, lorsqu'une nouvelle province était incorporée au domaine de la Couronne, les notaires seigneuriaux changeaient leur titre pour celui de notaires royaux [2].

Cependant, au moment de la Révolution, il existait encore des notaires seigneuriaux.

2117-*c*. Enfin les notaires apostoliques [3], nommés par les prélats ou par les abbés [4], recevaient, chacun dans l'étendue de son diocèse [5], les actes concernant les bénéfices. Ils ne pouvaient en passer aucun relatif aux choses temporelles. Les actes reçus par eux n'emportaient pas hypothèque et n'étaient pas exécutoires sous le scel de la juridiction ecclésiastique [6]. Les notaires apostoliques essayèrent plusieurs fois d'empiéter sur les fonctions des autres notaires [7]. Leur nombre, qui était devenu excessif, fut réduit par un édit de 1547 [8]; leurs conditions d'admission et de résidence furent fixées en juin 1550 [9]. Louis XIV, par un édit de décembre 1691, défendit aux notaires apostoliques d'exercer aucune

(1) Bauby, *loc. cit.*

(2) Bauby, *op. cit.*, p. LXVII.

(3) V., pour plus de détails Bauby, *op. cit.*, p. LXVIII-LXX.

(4) Le droit de nommer des notaires fut exercé d'abord par le pape lui-même. V. Bauby, *op. cit.*, p. LXVIII.

(5) Edit. d'Henri II de juin 1550, art. 2.

(6) Durand de Maillane, *Dict. de droit canonique*, v° *Notaire*, 2e édit., 1770, III, p. 395, col. 2.

(7) Une sentence du prévôt de Paris, du 19 juin 1421, défendit, « sur les doléances des notaires du Châtelet, aux notaires *apostoliques, impériaux et de l'évêque de Paris* de faire aucun inventaire ni prisée de biens et aux officiaux de donner aucune commission à cet effet ». Guyot, *Répert. de jurispr.*, v° *Notaire*, XII, p. 218-219. — Par l'art. 21 de l'ordonnance de Moulins, du 28 décembre 1490, Charles VIII interdit « à ses sujets lais » « de passer actes devant notaires impériaux *apostoliques* ou *épiscopaux* en matière temporelle et profane, sous peine de n'être foy ajoutée auxdits instruments ». *Ordonn. des rois de France*, XX, p. 264. Cette interdiction fut confirmée par François Ier, dans l'ordonnance du 29 août 1539. L'art. 6 du chap. III de cette ordonnance frappait les contrevenants d'une amende de 10 livres. — Claude de Ferrière, *Parf. not.*, liv. VIII, ch. II (édit. de 1699, p. 563).

(8) Isambert, *Anc. lois franç.*, XIII, p. 32-34.

(9) Rolland de Villargues, *Code du notariat*, p. 126-127.

de leurs fonctions, s'ils n'étaient investis d'un des offices royaux qu'il établissait spécialement à cet effet, par le même édit, dans les divers diocèses du royaume, et, à partir de ce moment, les notaires *royaux et apostoliques,* ainsi créés, furent nommés par le roi, qui leur délivrait leurs provisions. L'édit de 1691 reconnaissait, en outre, à ces officiers publics le pouvoir de faire, seuls et à l'exclusion de tous autres notaires, certains actes, et la faculté d'en faire d'autres concurremment avec les notaires royaux ou avec les notaires seigneuriaux (1). Enfin l'édit de Versailles, de février 1693, réunit les charges des notaires royaux et apostoliques à celles des notaires du Châtelet de Paris, de sorte que, désormais, ces derniers eurent le droit de passer toute espèce d'actes tant pour les matières bénéficiales que pour les matières civiles (2). Les offices des notaires royaux et apostoliques furent ainsi supprimés, du moins pour Paris, et, dans la suite, ils l'ont été, par divers arrêts du Conseil, pour le reste du royaume (3).

2118. Nonobstant les réformes que nous avons indiquées, le notariat était encore, à la fin de l'ancienne monarchie, une émanation du pouvoir judiciaire. Les actes notariés continuaient à produire tous les effets des jugements, et la formule exécutoire dont ils étaient revêtus, était, comme avant l'édit de 1542, intitulée au nom du juge (4).

La Révolution modifia profondément l'organisation du notariat. La loi des 29 septembre-6 octobre 1791 abolit la vénalité et l'hérédité de toutes les charges de notaires (tit. I, sect. I, art. 1). Elle supprima les offices de notaires ou tabellions authentiques, seigneuriaux, apostoliques, et tous autres offices du même genre, quelle que fût leur qualification

(1) Néron et Girard, *Ed. et ordonn.*, II, p. 233-235; Claude de Ferrière, *Parf. not.*, tit. VIII, ch. II, édit. de 1699, p. 564-571; Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires apostoliques*, al. 3 et 4 (édit. de 1779, II, p. 243, col. 2).

(2) Isambert, *Anc. lois franç.*, XX, p. 173. — Cf. Claude de Ferrière, *Parf. not.*, liv. I, ch. V (édit. de 1699, p. 571); Claude-Joseph de Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Notaires apostoliques*, dern. al. (même édit., *loc. cit.*).

(3) Durand de Maillane, *op.* et v° *cit.*, même édit., III, p. 393, col. 1.

(4) Guy-Coquille, *Institution au dr. franç., Des exécutions des biens meubles et immeubles. Œuvres* (Bordeaux, 1703), II, p. 109, col. 2.

(même sect., art 2). Elle remplaça ces divers officiers par des *notaires publics* (même section, art. 3), institués à vie (même titre, sect. II, art. 2). Ces notaires, qu'elle qualifiait formellement de *fonctionnaires publics* (même sect., art. 1), étaient les délégués immédiats et spéciaux de la puissance publique, et non pas, comme les anciens notaires, des agents du pouvoir judiciaire. Leur nombre et leur placement devaient être déterminés, pour chaque département, par le corps législatif, d'après les instructions qui lui seraient adressées par les directoires des départements (même section, art. 8). Les notaires étaient tenus de résider dans les lieux pour lesquels ils étaient établis (même section, art. 10). Ils ne pouvaient instrumenter hors des limites du département dans lequel ils se trouvaient placés ; mais tous ceux du même département exerçaient concurremment entre eux dans toute son étendue (même section, art. 11).

La principale des innovations contenues dans cette loi consistait en ce que les places de notaires ne pouvaient être occupées désormais « que par des sujets antérieurement désignés dans un *concours public* » (titre IV, art. 1). Pour être admis à ce concours, il fallait : 1° avoir satisfait à l'inscription civique, en quelque lieu du royaume que ce fût ; 2° être âgé de vingt-cinq ans accomplis ; 3° avoir travaillé huit années sans interruption, savoir, pendant les quatre premières années, soit dans les études des ci-devant procureurs ou des avoués, soit dans les études de notaire, en quelque lieu que ce fût du royaume, mais, nécessairement, pendant les quatre dernières, en qualité de clerc de notaire dans l'étendue du département où se faisait le concours, et y être actuellement employé en cette qualité (même titre, art. 4, al. 1, 2, 3 et 4).

Un concours avait lieu chaque année dans les chefs-lieux des départements (même titre, art. 1, al. 1 *in fine*). Les juges du concours étaient au nombre de neuf, savoir, deux membres du tribunal établi dans le lieu où les épreuves étaient subies, le commissaire du roi près le même tribunal, deux membres du directoire du département, le procureur général-syndic et trois notaires publics de la ville, pris par ordre d'ancienneté, à tour de rôle (même titre, art. 2). Les sujets

reconnus capables étaient inscrits sur un tableau, qui était continué chaque année (même titre, art. 10 et 11), et, en cas de décès ou de démission d'un notaire, ils avaient droit à la place vacante, suivant la priorité de leur rang et leur date d'inscription (même titre, art. 13, 14 et 15). Le directoire du département conférait cette place à celui qui, ayant le droit de la requérir, avait donné son acceptation, et le sujet ainsi nommé devait se pourvoir auprès du roi pour obtenir une commission qui ne pourrait lui être refusée, pourvu qu'il justifiât préalablement du remboursement par lui fait à son prédécesseur ou à ses héritiers du montant de son fonds de responsabilité et de ses recouvrements, ou d'arrangements pris à ce sujet (même titre, art. 16) [1].

2119. La loi des 29 septembre-6 octobre 1791 n'atteignait pas son but. On le vit par les abus qui suivirent sa publication, « abus plus graves et plus nombreux peut-être que ceux auxquels elle avait remédié » [2]. Quant au mode de recrutement par le concours, il ne put jamais être appliqué [3]. La nécessité d'une nouvelle réforme ne tarda pas à se faire sentir. Voilà pourquoi fut élaborée la célèbre loi des 25 ventôse-5 germinal an XI (16-26 mars 1803), qui forme aujourd'hui encore le code du notariat en France. Cette loi, dont l'art. 69 abroge expressément celle de 1791, est divisée en trois titres. Le premier, sous cette rubrique générale : « Des notaires et des actes notariés », s'occupe, dans sa section I, des fonctions, ressorts et devoirs des notaires, et, dans sa section II, des actes, de leur forme, des minutes, grosses, expéditions et répertoires. Le deuxième titre, consacré au « régime du notariat », règle, dans sa section I, le nombre, le placement

(1) V. S., *Lois annotées*, 1re série, p. 173-176; D., *Répert. alph.*, vo *Notaire-Notariat*, p. 571-574.

(2) *Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'organisation du notariat*, par le conseiller d'Etat Réal (séance du 14 ventôse an IX), rapporté dans *Le Moniteur*, du 15 ventôse an XI (6 mars 1803) et dans Dalloz, *Répert. alph.*, vo *Notaire*, p. 578-585 (V. surtout le n. 3, p. 578, col. 2). — Consulter aussi Wolowski, *Rev. de législ. et de jurispr.*, IX (1839), p. 241, 385, 401; X (1839), p. 312; XI (1840), p. 116.

(3) Aussi, en l'an VIII, presque tous les notaires et tabellions de l'ancien régime étaient encore en fonction à titre provisoire. Perriquet, *De la propr. et transm. des offices minist.*, n. 180, p. 145.

et le cautionnement des notaires ; dans sa section II, les conditions pour être admis et le mode de nomination au notariat ; dans sa section III, les chambres de discipline, et, dans sa section IV, la garde, la transmission, les tables de minutes et les recouvrements. Enfin le troisième titre renferme quelques dispositions générales et quelques dispositions transitoires.

2120. Dans la suite, la loi du 25 ventôse an XI a été complétée et modifiée.

L'ordonnance du 4 janvier 1843, qui a abrogé l'arrêté du 2 nivôse an XII [1], organise les chambres de notaires, détermine leurs attributions, réglemente leur discipline, établit l'honorariat et comble quelques lacunes que présentait la loi de ventôse en ce qui regarde les aspirants au notariat.

La loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, a interprété et complété la disposition de l'art. 9 de la loi de l'an XI relativement au notaire en second.

Un important décret du 30 janvier 1890 a complété l'ordonnance du 4 janvier 1843, en formulant à l'adresse des notaires de nouvelles prohibitions et en réglementant leur comptabilité [2].

La loi du 7 décembre 1897, ayant pour objet d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général, a modifié à son tour l'art. 9 de la loi de ventôse [3].

Les décrets du 25 août 1898 ont fixé pour la France le tarif des honoraires, vacations, frais de rôles et de voyages et autres droits qui peuvent être dus aux notaires à l'occasion des actes de leur ministère [4], et le décret du 28 novembre 1899 a fixé le même tarif pour l'Algérie [5].

[1] Cet arrêté avait créé les chambres de notaires. V. son texte dans Sirey, *Lois annotées*, 1re série, 1789-1830, p. 657, col. 3 *in fine*, et dans Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Notaire*, p. 585-586.

[2] S., *Lois nouv.*, 10e série, p. 790-792, on trouvera en note le rapport de M. Thévenet, garde des sceaux, D. P., 90. 4. 7-8. — V. aussi l'arrêté du ministre de la justice du 15 février 1890 et la circulaire de ce ministre, du 1er mars 1890, S., *Lois nouv.*, même série, p. 793-798 et D. P., 90. 4. 9-15.

[3] V. Sirey, *Lois annotées*, 12e série, p. 445-446, D. P., 97. 4. 133-134.

[4] V. *Journ. off.*, n. du 1er, du 2, du 3, du 4 et du 5 septembre 1898.

[5] V. *Journ. off.*, n. du 8 décembre 1899.

Mais nous devons signaler d'une façon toute particulière la loi du 12 août 1902 (1). Elle a été faite en vue de mettre fin à la crise que le notariat traversait depuis de longues années. Elle a réalisé d'importantes réformes qui étaient vivement désirées. Ses auteurs ont poursuivi trois buts : 1° la réduction du nombre excessif des offices de notaires et la réglementation de la procédure de suppression; 2° l'amélioration du recrutement des aspirants au notariat; 3° enfin l'abolition de formes inutiles.

Elle ne modifie pas moins de quinze articles de la loi de ventôse (art. 5, 9, 11, 31, 32, 35 à 44) et abroge les art. 2, 3 et 4 de la loi de 1843.

N° 3. Généralités.

2121. La loi de ventôse reconnaît aux notaires un véritable monopole pour la constatation authentique des actes et conventions passés par les particuliers. Cette loi, en effet, ne dit pas : « Les notaires sont *des* fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats... ». L'article *des* aurait pu faire supposer que l'attribution dont il s'agit appartient aussi à d'autres fonctionnaires. Elle dit : « Les notaires sont *les* fonctionnaires publics établis etc... ». L'article *les* a certainement un sens exclusif. C'est d'autant moins douteux que le mot *des* figurait dans le projet de loi et qu'il a été remplacé par le mot *les* (2). Notre principe est d'ailleurs traditionnel : « Les fonctions des notaires, disait Jousse, consistent à

(1) Elle a été promulguée dans le *Journ. off.* du 14 août 1902. Le projet avait été présenté le 27 octobre 1896, par M. Darlan, garde des sceaux, ministre de la justice. Annexe n. 3, *Journ. off.* du 21 janv. 1897, p. 336. — V. dans Dalloz, 1902, 4. 73-80, le texte définitif, les principaux passages du rapport de M. le sénateur Guérin, le résumé et des extraits des délibérations et les renvois au *Journ. off.*, pour tous les travaux préparatoires. — V. les commentaires de cette loi par M. Chanson, conseiller à la cour d'appel de Toulouse, *Lois nouvelles*, 21e année, 1902, 1re partie, p. 469-509, et par M. Levasseur, rédacteur au Ministère de la Justice, *Journ. du not.*, 1902. — *Adde Code des not. expliqué* (Paris, 1903), *passim*. — Voir aussi la circulaire du garde des sceaux, en date du 16 août 1902, relative à l'application de la nouvelle loi. On en trouvera le texte intégral dans Levasseur, comment. susindiqué, p. 7-20 du tirage à part.

(2) V. notamment Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 289 (même édit., VI, p. 374), D., *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 232; *Encycl. du not.*, v° *Notaire*, n. 398 s.; *Code des not. expliqué*, p. 8.

recevoir *privativement* à tous autres officiers, les différents actes de juridiction volontaire, tels que les contrats de mariage, ventes, testaments, reconnaissances, déclarations, hypothèques, baux, etc..., même à l'exclusion des juges et de leurs greffiers. Edit. de nov. 1542. Acte de notoriété du 22 mai 1700 » (1). Les autres officiers publics ne peuvent donc pas faire concurrence aux notaires (2).

Cependant les notaires partagent plusieurs attributions avec d'autres officiers ou fonctionnaires publics, et, par suite, pour la réception des actes qui rentrent dans ces attributions, les parties peuvent s'adresser indifféremment soit à eux, soit aux autres officiers compétents. Parmi ces actes, nous citerons : 1° la reconnaissance d'enfant naturel, qui peut être faite devant notaire ou devant l'officier de l'état civil (art. 62 et 324 C. civ.); 2° la nomination d'un conseil spécial par le père à la mère survivante et tutrice, nomination qui peut être faite par acte de dernière volonté ou par une déclaration devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires (art. 391 et 392) ; 3° la désignation d'un tuteur par le dernier mourant des père et mère, désignation qui peut être faite dans les mêmes formes que la nomination de conseil spécial dont nous venons de parler; 4° les testaments faits en temps de peste ou autre maladie contagieuse, qui peuvent être reçus non seulement par un notaire, mais encore soit par le juge de paix, soit par l'un des officiers municipaux de la commune, assisté de deux témoins (art. 985); 5° les certificats de vie à produire aux particuliers, certificats qui peuvent être délivrés, au choix des parties, par les présidents des tribunaux de première instance, les maires ou les notaires (décret 6 mars 1791, art. 11 ; L. 25 ventôse an XI, art. 20); 6° les certificats de vie à produire pour l'inscription des rentes viagères de la vieillesse ou pour le paiement des arrérages desdites rentes, qui peuvent être délivrés soit par

(1) *Justice civile*, II, p. 372. — V. aussi dans Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 233, le texte de la délibération prise par les notaires de Paris le 24 décembre 1730.

(2) V., sur la question de la concurrence, Amiaud, *Traité-formulaire général, alphabétique et raisonné du notarial*, v° *Notaires*, n. 73-78 (édit. de 1894, II, p. 618-619).

les notaires, soit par le maire de la résidence du rentier (décret du 18 août 1853) (1).

De plus, la convention que les parties ont avouée devant un tribunal, peut, accidentellement, se trouver constatée d'une façon authentique par le procès-verbal d'un greffier. Il en est de même, comme nous l'avons expliqué, de l'arrangement qui est conclu entre deux adversaires devant le juge de paix, lors du préliminaire de conciliation et qui est consigné dans le procès-verbal dressé à cet effet (2).

La loi a même refusé compétence aux notaires pour quelques actes qui cependant, par leur nature, appartiennent à la juridiction volontaire, tels que les actes de mariage (art. 75 C. civ.), les actes d'adoption et de tutelle officieuse (art. 353 et 363 C. civ.), les actes d'émancipation (art. 477 C. civ.).

2122. Mais, si la loi de ventôse accorde aux notaires un monopole quant à la constatation authentique des actes et conventions des particuliers, elle déclare, d'autre part, leur ministère incompatible avec d'autres fonctions assez nombreuses (3) : « Les fonctions de notaire, dit-elle, sont incompatibles avec celles de juges, commissaires du Gouvernement près les tribunaux, leurs substituts, greffiers, avoués, huissiers (4), préposés à la recette des contributions directes et indirectes, juges, greffiers et huissiers des justices de paix, commissaires de police et commissaires aux ventes ». Art. 7. Ces incompatibilités reposent sur plusieurs motifs. D'abord il fallait sauvegarder la séparation des pouvoirs publics. Puis le même citoyen ne saurait être admis à exercer deux fonctions dont l'une comprend la mission de surveiller l'autre.

(1) Toutefois, comme l'a fait remarquer une circulaire du directeur de la comptabilité générale des finances, du 15 octobre 1853, si les titulaires des rentes viagères sur les caisses de retraite de la vieillesse peuvent, pour la délivrance du certificat de vie qu'ils doivent produire, s'adresser au maire de leur résidence, il est désirable, en vue de la plus grande régularité et de l'uniformité des justifications, qu'ils s'adressent de préférence à un notaire. D. P., 54. 5. 84.

(2) V. *supra*, n. 2070 *in fine*.

(3) L'édit de 1765, interdisant déjà aux notaires « de se livrer aux travaux incompatibles avec leurs fonctions et qui les font sortir des bornes de leur état ».

(4) Les fonctions de notaire étant incompatibles avec celles d'avoué ou d'huissier, un notaire ne peut pas être mandataire *ad litem*. — Bourges, 5 juil. 1841, joint à Req., 31 janv. 1843, S., 43. 1. 125.

Enfin il serait très difficile et même souvent impossible de remplir d'une façon satisfaisante le ministère notarial, si l'on ne s'y consacrait pas entièrement ([1]).

L'art. 7 ne donne pas, d'ailleurs, une énumération complète des fonctions incompatibles avec celle de notaire. Un notaire, en effet, ne peut pas être aussi avocat (déc. 14 décembre 1810; ord. 20 novembre 1822, art. 42) ([2]), agent d'assurance (déc. min. Just., 6 mars 1860), agent de change (ord. 14 avril 1819, art. 6), banquier (ord. 4 janvier 1843, art. 12), commerçant (*ibid.*), courtier (*ibid.*), conservateur des eaux et forêts (circ. min. 30 pluviôse an II), conservateur des hypothèques (l. 21 ventôse an VII et 9 messidor an II, art. 248), préfet ou sous-préfet (arr. 3 brumaire an II), médecin (édit d'août 1765) ([3]), ecclésiastique ([4]), instituteur public ([5]), secrétaire de mairie ou de préfecture (l. 24 vendémiaire an III, tit. II, art. 5 ([6]), secrétaire du conseil des prud'hommes (déc. min. Just., 1809) ([7]).

Mais un notaire peut être juge suppléant, du moins s'il réunit les conditions exigées par l'art. 64 de la loi du 20 avril 1810. L'usage s'est formé en ce sens. Cette solution, d'ailleurs, ne peut pas, en pratique, présenter d'inconvénient, car le notaire, investi des fonctions de juge suppléant, n'est appelé que rarement à les exercer et seulement quand c'est indispensable pour les besoins du service ([8]).

Un notaire peut également être suppléant de juge de paix,

([1]) V. notamment Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 79.

([2]) Non seulement les fonctions d'avocat sont incompatibles avec celles de notaire, mais il n'est même pas permis à un notaire de prendre le titre d'avocat. — V. lettre du garde des sceaux au chef du parquet de Bazas, du 12 juillet 1829. Amiaud sur Rutgeerts, *op. cit.*, I, p. 416, note 1; *Code des not. expliqué*, p. 61. — Conf. déc. min. Just., 26 avril 1852. *Ibid.*

([3]) Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 80.

([4]) *Dict. du not.*, v° *Incompatibilité*, n. 37; Amiaud, *loc. cit.*; Génébrier, *op. cit.*, p. 198; Bastiné, *op. cit.*, n. 54.

([5]) Amiaud, *loc. cit.*

([6]) Toutefois, les fonctions de secrétaire de mairie ou de préfecture ne seraient pas incompatibles avec le ministère notarial, si elles étaient gratuites et si elles devaient être exercées dans la commune de la résidence du notaire. — Amiaud, *op. cit.*

([7]) V., pour la plupart de ces incompatibilités, *Code des not. expliqué*, p. 62.

([8]) *Code des not. expliqué*, p. 61 *in fine* et 62.

bien que, pour les places de cette nature, le gouvernement prenne de préférence des sujets dans d'autres classes de citoyens. Toutefois un notaire ne pourrait pas procéder à la fois, comme suppléant de juge de paix, à la levée des scellés, et, comme notaire, à l'inventaire (1).

Les diverses fonctions électives ne sont pas incompatibles avec le titre de notaire, et, par conséquent, un notaire peut être maire, adjoint (2), conseiller municipal (lettre min. just. 22 janvier 1827), conseiller d'arrondissement, conseiller général (3), député ou sénateur (arg. décr. organ. 2 fév. 1852, art. 29) (4).

On admet encore qu'un notaire peut être membre de la commission administrative d'un hôpital (5), membre du conseil de surveillance de la Banque de France (déc. min. just., 22 déc. 1886), membre de la caisse des écoles (6), membre du conseil de direction d'une caisse d'épargne (déc. min. com. 26 mai 1888) (7).

Le notaire qui accepte une nouvelle fonction incompatible avec son ministère, renonce par là-même à la fonction notariale, et, par suite, s'il continue à l'exercer, il encourt les peines établies par l'art. 197 C. p. Le fait par lui de prêter serment emporte acceptation de sa nouvelle fonction.

Si, en sens inverse, un fonctionnaire public, nommé notaire, prêtait serment à ce titre, il serait censé renoncer à son ancienne fonction. Mais, en fait, cette hypothèse ne peut guère se présenter, car la Chancellerie, avant de nommer notaire un fonctionnaire en exercice, exige toujours sa démission (8).

(1) *Code des not. expliqué*, p. 62.
(2) V. Amiaud, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 81.
(3) *Dict. du not.*, n. 32; Amiaud, *loc. cit.*
(4) Amiaud, *loc. cit.*
(5) Amiaud, *loc. cit.*
(6) Amiaud, *loc. cit.*
(7) *Journ. des not.*, art. 24079; *Journ. du not.*, n. 4046.
(8) Amiaud, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 82, al. 3 et 4 (même édit., II, p. 623).

B. *Nombre, classes, ressort et résidence.*

N° 1. Nombre.

2123. Sous l'empire de notre ancien droit, le nombre des notaires était excessif. Il s'ensuivait que ces officiers publics se faisaient une concurrence extrême et qu'ils cherchaient à se procurer des ressources autrement que par l'exercice de leur profession. Les rois, à plusieurs reprises, s'en émurent. Louis XII, notamment, « à l'occasion de la grande effrénée multitude des notaires » et, comme il le disait aussi, parce que « indifféremment toutes manières de gens y sont reçus, dont sont par ci-devant advenus plusieurs abus et inconvénients », chargea les baillis et sénéchaux, par l'art. 62 de l'ordonnance de juin 1510, d'opérer des réductions après enquête (1).

On trouve des dispositions analogues dans l'ordonnance d'Orléans, de janvier 1560 (2), et dans l'édit du 29 avril 1564. Et cependant, quand la Révolution éclata, il existait encore environ 40.000 notaires royaux, seigneuriaux et autres (3). Or, comme l'a très bien fait observer le tribun Favard, dans le rapport par lui présenté au nom de la section de législation sur la loi relative à l'organisation du notariat : « Si les notaires sont nécessaires, il est essentiel pour la société que leur nombre soit sagement établi : « Une profession, dit avec raison un écrivain (V. *Considération sur le notariat*), ne peut être bien remplie qu'autant que celui qui » s'y adonne trouve dans son exercice honnête, intelligent et » assidu, des moyens d'existence pour lui et pour sa famille... » Il vaut mieux faire quelques pas pour aller chercher un » notaire occupé ou instruit, ou l'attendre quelques moments, » que d'en avoir plusieurs à sa porte dont le désœuvrement » traîne à sa suite l'ignorance, la misère et les vices ». Il ne faut pas croire que les frais des actes soient moins considérables à raison du plus grand nombre de notaires; il est, au contraire, reconnu que, dans les cantons où se trouvent le

(1) Isambert, *Rev. gén. des anciennes lois françaises*, XI, p. 599.
(2) Art. 82, Isambert, *op. cit.*, XIX, p. 85.
(3) Jeannest-Saint-Hilaire, *Du notariat et des offices*, p. 108.

plus de notaires, on voit se répéter journellement une foule d'actes souvent inutiles, et qui, plus souvent encore, deviennent, par leur mauvaise rédaction, la source de procès ruineux » (1).

La loi de ventôse se borna à fixer un maximum et un minimum. Elle voulait qu'il y eût : 1° dans les villes de 100.000 habitants et au-dessus, un notaire au plus par 6.000 habitants; 2° dans les autres villes, bourgs ou villages, deux notaires au moins ou cinq au plus par chaque arrondissement de justice de paix (art. 31). En établissant ce maximum et ce minimum, on avait voulu à la fois donner satisfaction aux besoins de la population et permettre aux notaires de se procurer, par le seul exercice de leurs fonctions, les moyens de vivre honorablement. Cette loi laissait donc une certaine latitude au gouvernement, qui avait la faculté de créer des charges ou d'en supprimer. Toutefois les suppressions ne pouvaient être effectuées que par décès, démission ou destitution (art. 32).

Dans la suite, vu l'abandon des campagnes et le développement correspondant des grands centres, le nombre des notaires résultant de l'application de la loi de ventôse s'est trouvé ne plus être en rapport avec les besoins actuels des habitants. Il importait de remédier à cette situation et surtout de diminuer les études de troisième classe. En 1896, on en comptait 2.311 qui rapportaient moins de 3.000 francs par an, et, pour 219 de celles-ci, le rendement annuel n'était même pas de 1.000 fr. Dans des cantons assez nombreux, l'un des deux offices était vacant, et aucune candidature ne se produisait. Plus d'une fois un notaire avait été dans la nécessité de faire agréer sa démission pour éviter la ruine. Il y avait même plusieurs cantons où les deux offices étaient, depuis un temps relativement considérable, dépourvus de titulaire et, par conséquent, supprimés en fait (2). Au surplus, à raison des progrès accomplis dans les facilités de communication, il n'y avait pas d'inconvénient à ce que les

(1) V. D., *Rép. alph.*, v° *Notaire-Notariat* (XXXII, p. 582, col. 2, n. 32).

(2) Par exemple, le canton de Saint-Pé, dans les Hautes-Pyrénées, les cantons d'Orcières et Moutiers, dans les Hautes-Alpes.

études de notaires fussent désormais plus éloignées les unes des autres [1].

Aussi la loi du 12 août 1902, modifiant la disposition écrite dans le 2° de l'art. 31 de la loi du 25 ventôse, a décidé que, dans les communes dont la population n'atteint pas 100.000 habitants, il y aurait « un notaire au moins par canton » [2]. Le nouveau texte pose donc le principe d'un seul notaire par canton [3]. Mais il ne faut pas l'interpréter en ce sens que, dans les cantons ruraux, le nombre des notaires doit, dès que cela devient possible, être ramené à ce minimum. On trouve, en effet, notamment dans le nord de la France, beaucoup de cantons où trois et même quatre notaires, non seulement gagnent suffisamment, mais sont indispensables pour l'expédition des affaires. L'intention du législateur de 1902 a été simplement de donner au gouvernement le droit de supprimer le second office dans les cas où il sera reconnu inutile [4].

Le second paragraphe du nouvel art. 31 prévoit le cas de décès ou d'empêchement justifié du titulaire. Dans ce cas « le président du tribunal pourra, à la requête du procureur de la République ou du titulaire empêché, désigner comme suppléant un notaire d'un des ressorts de justice de paix limitrophes du même arrondissement » [5].

2124. Quant aux suppressions de places [6], la loi de 1902, après avoir dit, en reproduisant presque littéralement l'an-

(1) V. *Journ. offic.* du 14 mars 1899, Débats parlementaires, Sénat, p. 276. — V. aussi Douarche, *La réforme du notariat, Rev. polit. et parl.*, 2e année (1895), II, p. 69 à 73.

(2) Dans le projet déposé au Sénat le 27 octobre 1896, le gouvernement demandait qu'on l'autorisât à réduire le nombre des charges de notaires en supprimant, quand les circonstances le permettraient, celles dont les produits annuels n'atteignaient pas 5.000 fr. V. sur cette disposition du projet le rapport déposé par M. le sénateur Guérin, annexe n. 362, *Journ. offic.* du 31 décembre 1898, p. 619.

(3) La commission du Sénat a substitué le mot *canton* aux expressions « par ressort de justice de paix » pour le cas « où deux cantons administratifs se trouveraient réunis sous la juridiction d'un même juge de paix ». Rapport précité de M. le sénateur Guérin, p. 620.

(4) Circ. min. Just., 16 août 1902. V. Levasseur, *op. cit.*, p. 14.

(5) V. pour les détails *Code des notaires expliqué, Comment. des lois organiques du not.* (*25 ventôse an XI, 21 juin 1843, 12 août 1902*), p. 365-366.

(6) V., pour l'exposé détaillé de la législation actuelle, *Code des not. expliqué*, p. 367-377.

cien art. 32, que « les suppressions d'offices ne seront effectuées que par mort, démission ou destitution », ajoute : « ou à la suite d'un accord intervenu entre les parties intéressées et après avis de la chambre de discipline et du tribunal ». De plus, l'al. 2 du nouvel art. 32 porte : « En cas de démission du titulaire avec présentation d'un successeur, le gouvernement pourra *toujours* refuser la nomination, si la suppression du titre est jugée nécessaire, après avis de la chambre et du tribunal » (1). Malgré ces termes absolus, « le gouvernement pourra *toujours*... », le notaire démissionnaire, lorsque le successeur présenté n'est pas agréé par la chancellerie, a le droit de retirer sa démission et de rester notaire. En un mot, la démission est toujours considérée comme conditionnelle. C'est ce qui a été déclaré formellement par M. le sénateur Guérin, rapporteur (2).

Il est dû une indemnité après suppression d'office en cas de mort ou de démission. Cette indemnité « sera convenue entre les intéressés, sous le contrôle du gouvernement, ou fixée par le décret prononçant la suppression, après avis de la chambre des notaires et du tribunal ». Art. 32, al. 3.

« Dans tous les cas, — ajoute l'al. 4 du même article, — elle sera mise à la charge des notaires qui devront bénéficier de la suppression, *quelle que soit leur résidence* », par conséquent, alors même qu'ils appartiendraient à un canton ou à un arrondissement autre que celui dans lequel se trouvait l'office supprimé, ou qu'ils seraient du ressort d'une autre cour d'appel (3). Cette disposition, qui peut sembler nouvelle, avait été, en réalité, consacrée par avance, pour ainsi dire, suivant les expressions du rapporteur du sénat (4), par un arrêt du conseil d'Etat du 19 février 1897 (5). Cepen-

(1) Ces derniers mots « après avis de la chambre et du tribunal » ont été ajoutés par la commission du Sénat. La double formalité qu'ils exigent était déjà observée par la pratique. Rapport précité de M. le sénateur Guérin, p. 620. — V. D., *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 26-28, et *Supp. du Rép. alph.*, *eod.* v°, n. 10. — V. aussi circulaire de M. le garde des sceaux du 1er mars 1890, D. P., 90. 4. 11.

(2) Sénat, séance du 7 fév. 1899, *Journ. offic.* du 8 fév. 1899, Débat parlem., sénat, p. 119.

(3) Circ. minist. Just., 16 août 1902. Levasseur, *op. cit.*, p. 15 *in fine* et 16.

(4) Rapport précité de M. le sénateur Guérin, p. 620.

(5) D. P., 98. 3. 78.

dant, le 5 août 1901, cette juridiction avait décidé que la charge de l'indemnité incombait aux seuls notaires du canton [1].

N° 2. Classes et ressort.

2125. Tandis que la loi de 1791 ne reconnaissait qu'une classe de notaires ayant le droit d'instrumenter dans tout le département (art. 11), la loi de ventôse en a établi trois ayant chacune un ressort différent. La première classe comprend les notaires qui résident dans les villes où siège une cour d'appel; la deuxième, ceux qui résident dans les villes où il y a un tribunal civil de première instance [2]; enfin la troisième, ceux qui résident dans les autres communes, que ces communes soient ou non le siège d'une justice de paix [3].

Les notaires de la première classe ont le même ressort que la cour d'appel; ceux de la deuxième, le même ressort que le tribunal civil de première instance; ceux de la troisième, le ressort de la justice de paix. L. ventôse, art. 5, al. 1 et 2.

Cependant la loi de 1902 apporte trois exceptions au principe de la limitation du ressort. Passons-les en revue :

2126. 1re EXCEPTION : Cette exception a été admise pour trancher une question de compétence soulevée dans un certain nombre de villes qui, depuis la mise en vigueur de la loi de l'an XI, ont été divisées en plusieurs cantons [4]. La

(1) D. P., 1903. 3. 14. — V. *Code des not. expliqué*, p. 375.

(2) Certaines cours d'appel siègent en fait dans des sous-préfectures (Aix, Douai, Riom), et quelques tribunaux de première instance dans de simples chefs-lieux de canton (Arbois, Bourgoin, Chambon, Charleville, Cusset, Lourdes, Saint-Mihiel, Saint-Palais, Tarascon). — Dans le premier cas, sont de première classe les notaires qui résident dans la ville où la cour siège en fait, et non pas ceux du chef-lieu du département. Dans le second cas, sont de deuxième classe les notaires qui résident dans la ville où siège en fait le tribunal de première instance, et non pas ceux du chef-lieu de l'arrondissement.

(3) La répartition des notaires en trois classes est très vivement critiquée par certains auteurs. V. notamment Bauby, *op. cit.*, p. 566-568 et p. 671-675 et les auteurs cités par lui, p. 568, note 1. — Au cours des travaux préparatoires de la loi du 12 août 1902, la commission du Sénat écarta la proposition, qui lui avait été présentée par un certain nombre d'officiers publics, d'admettre l'unification des classes de notaires et de leur assigner un seul ressort, l'arrondissement judiciaire. V. *Code des not. expliqué*, p. 46-48.

(4) Ces villes sont les douze suivantes : Arles, Bailleul, Crest, Dourdan, Le Quesnoy, Nay, Oloron-Sainte-Marie, Roubaix, Saint-Amand, Saint-Maixent, Tartas et Tourcoing.

difficulté provenait de ce que cette loi ne prévoyait pas le cas où des villes, qui ne seraient pas le siège d'un tribunal de première instance ou d'une cour d'appel, comprendraient néanmoins plusieurs justices de paix et plusieurs offices de notaires : « Toutefois, dit l'al. 3 du nouvel art. 5, les notaires des communes où il y a plusieurs justices de paix exercent leurs fonctions concurremment dans toute l'étendue de la commune » (1). Les notaires, d'après M. le garde des sceaux Lebret, ne sauraient être lésés par cette innovation : « Dans les communes dont il s'agit, a-t-il fait remarquer, les différents notaires ont chacun leur clientèle. Cette clientèle réside en général aussi bien dans le canton où le notaire ne peut pas instrumenter que dans celui où il peut instrumenter. Il y a simplement cette gêne, toutes les fois que le notaire doit recevoir un acte pour certains de ses clients qui habitent la partie de la ville où il ne peut pas instrumenter, qu'il n'a pas la faculté de se transporter chez eux. Ce sont les clients qui sont obligés d'aller chez le notaire. Quand, au contraire, il s'agit d'un client qui demeure dans le canton où il réside, il peut recevoir les actes chez lui. Nous donnerons plus d'aisance aux transactions, à la rédaction des actes, et nous ne porterons aucun trouble dans la clientèle qui existe et qui est acquise, car ce n'est pas cette extension du pouvoir territorial des notaires qui modifiera en rien la situation ». Au surplus, répondant à M. le sénateur Cordelet, qui persistait à affirmer la portée préjudiciable de la mesure proposée, M. le garde des sceaux Lebret a ajouté que l'intérêt général devait prévaloir sur l'intérêt particulier (2).

(1) Antérieurement à la loi de 1902, on se prononçait généralement en sens inverse. V. Avis du Cons. d'Et. du 11 septembre 1830. — V. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Ressort*, n. 13 (VIII, p. 441); Augan, *Cours de not.*, I, p. 48; *Dict. du not.*, v° *Ressort*, n. 39; Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire sur la loi du 25 ventôse an XI, organique du notariat*, nouv. édit. (1884), I, n. 245, p. 429; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 22 (même édit., II, p. 606); *Encycl. du not.*, v° *Notaire*, n. 213, et *Ressort des notaires*, n. 10; Bauby, *op. cit.*, p. 141. — V. cependant en sens contraire Loret, *Eléments de la science notariale* (Paris, 1807), p. 109, et Gagneraux, *Comment. de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat* (1834), I, sur l'art. 5, n. 14. — Suivant les villes, la pratique avait résolu la question différemment. *Code des not. expliqué*, p. 49.

(2) Deuxième délibération du Sénat, séance du 14 mars 1899, *Journ. off.* du 15 mars 1899, p. 270-272.

2127. 2e EXCEPTION : Plusieurs lois récentes, lors du dédoublement d'un canton, avaient autorisé, par une dérogation formelle, les notaires de l'ancien canton à instrumenter dans les cantons ainsi formés. D'autres lois avaient reconnu à des notaires le droit d'exercer leurs fonctions dans plusieurs cantons, lorsque des communes dépendant d'un canton étaient rattachées à un canton voisin [1]. On trouve notamment une disposition de cette nature dans une loi du 12 avril 1893, qui a créé dans les arrondissements de Saint-Denis et de Sceaux de nouveaux cantons, sans y augmenter le nombre des justices de paix [2].

Le législateur de 1902, respectant les droits acquis dans ces conditions, a disposé ainsi qu'il suit : « Les notaires ayant actuellement le droit d'instrumenter dans plusieurs cantons, en vertu de lois antérieures spéciales, conserveront leur ressort actuel ». Nouv. art. 5, al. 3 et 4. Mais il faut bien remarquer qu'ici le législateur se borne à maintenir une solution admise pour divers cas particuliers et qu'il ne la généralise point [3].

2128. 3e EXCEPTION : La disposition du 5e alinéa du nouvel art. 5 est particulièrement intéressante. Elle est destinée à obvier aux inconvénients que pourrait présenter en fait le système d'un seul notaire par canton, et elle constitue une importante dérogation au principe de la limitation du ressort. En voici les termes : « Dans tout canton où il n'y a qu'un seul notaire, les notaires des cantons limitrophes, appartenant au même ressort de cour d'appel, auront le droit d'instrumenter dans ce canton, mais seulement en ce qui concerne les testaments, les donations entre époux et les donations à titre de partage anticipé. A titre de réciprocité, le notaire unique au canton aura le droit d'instrumenter pour les mêmes actes dans lesdits cantons limitrophes ». Cette

[1] Amiand, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, v° *Notaire*, n. 22 (édit. de 1894, II, p. 606). — V. les cas cités en note par cet auteur.

[2] « Les notaires continueront d'exercer leurs fonctions dans toute la circonscription actuelle des justices de paix ». Art. 3, al. 1.

[3] Levasseur, *op. cit.*, p. 33-34 : *Code des not. expliqué*, p. 51.

disposition, qui ne figurait ni dans le projet du Gouvernement, ni dans le texte adopté par le Sénat, a été introduite dans la loi par la Chambre des députés, sur la proposition de sa commission, pour des raisons qui sont ainsi exposées dans le rapport de M. le député Rose : « Les clients peuvent avoir contre le notaire unique au canton de légitimes motifs de suspicion, d'inimitié. Ils peuvent avoir avec lui des liens de parenté qui l'empêchent d'instrumenter. Très souvent aussi il existe dans les familles des intérêts opposés qui ne peuvent être sauvegardés que par l'intervention de deux notaires représentant ces intérêts ». Et, plus loin, le rapporteur fait observer qu'il convient « de tenir compte des difficultés très graves qui peuvent se présenter, surtout dans les pays de montagnes, dans les endroits où les moyens de communication sont encore rares, difficiles et coûteux, quand il devient nécessaire de faire appel au concours d'un notaire de chef-lieu d'arrondissement ». Cette considération était d'autant plus puissante que les populations intéressées étaient « pauvres et déjà déshéritées pour la plupart » (1).

Mais il est manifeste que le droit, conféré à des notaires, d'instrumenter dans un canton limitrophe aurait été une source de préjudice pour le notaire de ce canton, s'il avait été admis d'une façon absolue et sans compensation; or l'innovation ainsi comprise aurait été incontestablement illogique, puisque l'insuffisance du rendement de beaucoup d'études était une des causes pour lesquelles on diminuait le nombre des offices. En présence de cette objection, le législateur de 1902 s'est arrêté à un moyen terme : il n'a admis l'exception que pour les actes dont il a considéré la rédaction comme pouvant être souvent urgente; or les actes qui, d'après lui, répondent à cette idée, sont : 1° les testaments; 2° les donations entre époux ; 3° les donations à titre de partage anticipé. Sa manière de voir se comprend parfaitement en ce qui regarde les dispositions de dernière volonté; elle s'explique aussi, peut-être, pour les donations entre époux;

(1) Rapport de M. le député Rose, *Journ. off.* du 13 mai 1902, annexe n° 3098, p. 340-341.

mais il est plus difficile de la justifier quant aux partages d'ascendants « surtout — suivant la très juste remarque de M. le conseiller Chanson — dans le cas, le plus fréquent en pratique, où la donation se cumule avec le partage de la succession d'un époux ou d'un ascendant prédécédé » (1).

Il est certain, d'ailleurs, qu'à raison de son caractère exceptionnel, la disposition qui nous occupe ne saurait être étendue à d'autres actes, quelque analogie qu'ils puissent présenter avec ceux mentionnés plus haut (2).

Au surplus, cette disposition suppose que trois conditions sont réunies. Il faut : 1° qu'il s'agisse d'un canton où, par suite d'une suppression d'office (3), ne réside qu'un notaire ; 2° que les notaires qui veulent bénéficier de l'exception résident dans les cantons limitrophes ; 3° qu'ils appartiennent au même ressort de cour d'appel ; mais la loi n'exige pas qu'ils soient compris dans le même arrondissement judiciaire : « Cette dernière restriction ne se justifie guère, dit avec raison M. Levasseur. On aurait compris que le droit exceptionnel d'exercer dans un canton qui n'est pas de leur ressort fût accordé exclusivement aux notaires du même arrondissement, c'est-à-dire à ceux qui font partie de la même chambre, participent à la même bourse commune, dépendent du même tribunal ; mais du moment qu'on étendait l'exception aux notaires d'un arrondissement étranger, il n'y avait pas de raison pour en exclure les officiers publics établis dans un autre ressort de cour. Cette division judiciaire n'a aucun rapport avec l'organisation du notariat : s'ils ne résident pas dans le même arrondissement, deux notaires sont aussi étrangers l'un à l'autre quand ils sont établis dans un même ressort de cour d'appel que lorsqu'ils résident dans des cours différentes » (4).

Enfin, à titre de réciprocité, pour donner une compensation au notaire unique du canton, le législateur de 1902 lui

(1) *Op. cit., Lois nouv.*, 21e année (1902), 1re partie, p. 490.

(2) V. *Code des not. expliqué*, p. 55 *in fine* et p. 56-57.

(3) Tel est bien l'esprit de la loi. L'exception ne s'applique donc pas quand c'est par suite de la vacance de l'autre office, due au décès, à la démission ou à la destitution du titulaire, qu'il y a seulement un notaire dans le canton. Chanson, *loc. cit.; Code des not. expliqué*, p. 53 *in fine* et p. 54.

(4) Levasseur, *op. cit.*, p. 34-35. V. aussi *Code des not. expliqué*, p. 54.

a permis de recevoir les mêmes actes dans les cantons limitrophes. Mais le notaire unique du canton voisin d'une commune partagée en plusieurs cantons n'a le droit d'instrumenter que sur la partie de la commune comprise dans le canton limitrophe (1). Alors même que les cantons limitrophes sont chefs-lieux de cour d'appel ou de tribunal d'arrondissement, le droit réciproque du notaire unique ne peut s'exercer au-delà de leurs limites. Sans quoi un notaire de troisième classe deviendrait notaire de deuxième ou même de première, ce qui serait contraire et au texte de la loi et à son caractère exceptionnel (2).

Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que la réciprocité dont nous venons de parler a été considérée par le législateur comme une compensation suffisante du dommage que l'application de l'al. 5 du nouvel art. 5 pourrait causer au notaire unique du canton. Ce notaire ne serait donc pas recevable à demander de ce chef une indemnité. Il est évident que cette solution découle des termes de la disposition susvisée (3).

2129. Quelle est la sanction de la limitation de ressort? L'acte est destitué de tout caractère authentique, et il ne vaut comme acte sous seing privé que s'il a été signé par toutes les parties et que si la forme notariée n'était pas substantielle. Art. 68 l. ventôse (4). De plus, le notaire contrevenant peut être suspendu de ses fonctions, destitué en cas de récidive (5), et il est passible de dommages-intérêts envers les parties, si l'acte par lui reçu est annulé. Art. 6 l. ventôse.

(1) *Code des not. expliqué*, p. 55.

(2) Chanson, *loc. cit.; Code des not. expliqué*, p. 55.

(3) *Code des not. expliqué*, p. 55 *in fine*.

(4) V. *supra*, n. 2097 s., le commentaire de l'art. 1318.

(5) Toutefois plusieurs auteurs admettent que les juges ne sont pas obligés d'appliquer rigoureusement ces peines et qu'ils peuvent les atténuer selon les circonstances. Eloy, *De la responsabilité des notaires et de la discipline notariale* (1873), I, n. 237; Lefebvre, *Traité de la discipline notariale devant les tribunaux et les chambres des notaires* (1876), I, n. 486; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, p. 442; Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notarial*, v° *Notaires*, n. 23, note 9 (édit. de 1893, II, p. 606); *Code des not. expliqué*, p. 60. — Louviers, 19 avril 1888, cité par Delacourtie et Robert, *Traité pratique de la discipline des notaires, des assemblées générales et des chambres de discipline* (1892), n. 190. — *Contra* Fouquet, *Bibl. du Barr.*, 1809, II, p. 39; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Ressort*, n. 28.

Mais dans quels cas le notaire est-il réputé avoir instrumenté hors de son ressort? Les faits qui précèdent ou accompagnent la réception des actes notariés consistent dans les pourparlers, les conférences entre le notaire et les parties, le consentement de celles-ci, la rédaction de l'acte authentique, la lecture de cet acte, la signature des parties, celle du notaire et, le cas échéant, celle des témoins. Il n'est pas douteux que la réception de l'acte comprend la lecture et la signature. Mais ne comprend-elle que ces éléments? Que décider notamment quant aux débats préliminaires? Par un arrêt du 1er juin 1842, la cour suprême, sur les conclusions de M. l'avocat général Delangle, a décidé que les mesures préparatoires elles-mêmes rentraient dans l'instrumentation [1]. En sens inverse, M. Philippe Dupin, dans son rapport sur la loi du 21 juin 1843, a prétendu que la réception consistait seulement dans la lecture et la signature de l'acte. Cette dernière opinion nous paraît inexacte, et nous dirons, avec la cour de Toulouse, qu'un notaire contrevient à la disposition de l'art. 6 lorsqu'il entend les parties et reçoit leurs conventions comme notaire hors de sa circonscription, bien qu'il ait la précaution de ne faire apposer les signatures que dans son étude [2].

[1] Req., 1er juin 1842 (rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Nancy, du 23 mars 1841), *Journ. des not.*, art. 11659.

[2] Toulouse, 31 déc. 1844, D. P., 45. 2. 66. — *Adde* Trib. Roanne, 5 déc. 1844, *Journ. des not.*, art. 12231, D. P., 45. 3. 64. — V. dans le même sens, Eloy, *op. cit.*, I, n. 240-241, p. 275-277; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 250, p. 437; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 26. — Comp. Micha, *De la responsabilité civile des notaires* (Bruxelles, 1883), p. 51. — Un notaire enfreint la règle de l'art. 6 en procédant hors de son ressort à une adjudication publique d'immeubles dont il rédige le procès-verbal en son étude. Trib. Blois, 3 mars 1841, *Journ. des not.*, art. 10910. — D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 83 (XXXII, 612, 2e col., note 1). — On lit dans ce jugement : « Attendu que ce n'est pas seulement lorsque le notaire fait signer aux parties la feuille de papier sur laquelle il a transcrit leurs conventions, qu'il *instrumente* dans le sens de la loi; c'est encore lorsqu'agissant avec l'appareil extérieur qui le caractérise, étant dans l'exercice solennel de ses fonctions, il appelle les contractants, leur lit les charges, provoque et reçoit publiquement les enchères et les consentements, proclame enfin les adjudications, qui, dans l'esprit et la conviction des parties, constituent d'irréfragables conventions; qu'il est certain, en effet, que c'est la présence du fonctionnaire et l'autorité dont il est revêtu qui donnent à ces adjudications leur véritable caractère; que c'est lui qui offre aux contractants la garantie que les opérations sont sérieuses et qui sert de lien commun entre les vendeurs et les acquéreurs, qui, bien souvent, ne se connaissent pas... » —

Mais, aujourd'hui, on est d'accord sur ce point que les mesures préparatoires, telles que les pourparlers et les conférences avec les parties, ne doivent pas être considérées comme comprises dans la réception et qu'en y procédant hors de son ressort, le notaire ne viole pas la prohibition de l'art. 6, alors même qu'il prendrait note des conventions pour pouvoir les rédiger ultérieurement dans son étude [1].

Notons à ce sujet que, d'après la doctrine et la jurispru-

La cour de Paris, par un arrêt du 30 janvier 1872, s'est prononcée dans le même sens : « Considérant, dit-elle, que le but du législateur a été, d'une part, de renfermer le notaire dans une circonscription déterminée, afin de le soumettre à une surveillance utile et protectrice des intérêts des parties et de l'ordre public, d'autre part, d'empêcher un empiètement sur des droits consacrés au profit de chacun des autres notaires qui pourraient souffrir d'une concurrence déloyale ; — Que ce n'est donc pas seulement en vue de la confection de l'acte, mais des faits qui l'auront préparé et presque accompli, rentrant dans leur ministère et leurs fonctions, que la défense d'instrumenter hors de leur ressort a été édictée contre les notaires ». *Journ. des not.*, art. 20277, S., 72. 2. 48, D. P., 72. 2. 104. — *Sic Dict. du not.*, v° *Ressort*, n. 51 ; Eloy, *op. cit.*, I, n. 243, p. 278-281 ; Walquenart, *De la responsabilité civile des notaires* (1877), p. 122-123; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 249, p. 435 ; Amiaud, *loc. cit.* ; Emond, *De la responsabilité civile des notaires* (thèse, Paris, 1892), p. 127-128; D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 82-83 ; Bauby, *op. cit.*, p. 143 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 382. — Cependant la cour suprême a cassé l'arrêt précité de la cour de Paris, du 30 janvier 1872, en se fondant sur ce que si l'arrêt attaqué constatait en fait que le notaire avait, dans la salle de la mairie d'une commune située hors de son ressort, procédé à des enchères publiques, adjugé des lots d'immeubles, fait signer aux adjudicataires des pouvoirs sous seings privés à l'effet de réaliser les actes de vente, reçu même de chaque adjudicataire les frais de vente, il résultait également de cet arrêt que le notaire n'avait dressé ni procès-verbal, ni acte de vente sur le lieu de l'adjudication. Sans doute, a déclaré la cour de cassation, « les faits accomplis par X... dans la commune d'A..., pourraient, suivant les circonstances, constituer une concurrence déloyale au préjudice des notaires du canton et un manquement grave aux règles de la délicatesse et à la dignité du notariat passibles des peines portées par l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an XI, mais aucun acte du ministère du notaire n'ayant été rédigé par X... à A..., on ne saurait dire qu'il a instrumenté hors de son ressort et par conséquent commis l'infraction prévue et punie par l'art. 6 de la loi du 25 ventôse an XI ». Civ. cass., 21 mai 1873, *Journ. des not.*, art. 20680, S., 73. 1. 275, D. P., 73. 1. 225. — Cette décision est vivement critiquée par plusieurs auteurs. V. notamment Amiaud, *loc. cit.* ; D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 28.

[1] *Dict. du not.*, v° *Ressort*, n. 48 ; Eloy, *op. cit.*, I, n. 239, p. 274-275 ; Mathieu, *De la responsabilité civile des notaires en droit français* (Nancy, 1874), p. 109 ; Bauby, *op. cit.*, p. 142, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 80 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Répert. génér. alph. du dr. franç.*, v° *Notaire*, n. 374.

dence, l'art. 6 ne fait pas obstacle à ce qu'un notaire puisse assister, comme conseil, hors de sa circonscription, des parties qui désirent rédiger un acte sous seing privé, encore que cet acte soit plus tard converti en acte public, par le même notaire, mais dans son étude (1).

2130. La règle du ressort doit être entendue rigoureusement au point de vue des notaires qu'elle vise : elle s'applique donc au notaire en second comme au notaire rédacteur (2). Elle s'applique aussi au notaire substituant et même au notaire commis par délégation judiciaire. Ce dernier doit refuser d'accepter la mission d'accomplir hors de son ressort un acte de son ministère. Les tribunaux ne peuvent pas lui donner valablement cette mission, car ils doivent, eux-mêmes, respecter la prohibition de l'art. 6 (3).

N° 3. Résidence.

2131. Le gouvernement dans le décret de nomination assigne à chaque notaire une résidence (4). On entend par

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Ressort*, n. 21 (même édit., VIII, p. 444); *Dict. du not.*, *eod.* v°, n. 53 54; D., *op. cit.*, *eod.* v°, n. 85; Eloy, *op. cit.*, I, n. 242, p. 277-278; Lefebvre, *op. cit.*, n. 176; Walquenart, *op. cit.*, p. 124-125; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 250, p. 436; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 28 (II, p. 625); Emond, *op. cit.*, p. 129; Bauby, *op. cit.*, p. 143, *Pand. franç. alph.*, v° *Acte notarié*, n. 156-157; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 385. — Req., 3 juillet 1826, *Journ. des not.*, art. 5720, S. chr., VIII, 1. 379, D., *op. cit.*, *eod.* v°, n. 86, p. 614, note 1. — Metz, 24 avril 1837, *Journ. des not.*, art. 9674. — Trib. Roanne, 5 déc. 1844, précité (motifs).

(2) Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 181; Amiaud, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 24, D., *op. cit.*, *eod.* v°, n. 74; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 388; *Code des not. expliqué*, p. 57.

(3) *Sic* Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 180, *Dict. du not.*, *eod.* v°, n. 55-56; Eloy, *op. cit.*, I, n. 245; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 248; Amiaud, *loc. cit.*; *Encycl. du not.*, v° *Ressort des not.*, n. 23; Bauby, *op. cit.*, p. 144, texte et note 3; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, *eod.* v°, n. 389. — Il en est ainsi, notamment, dans le cas où un notaire est nommé par justice pour représenter un absent conformément à l'art. 113 C. civ. — *Sic* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Absence*, n. 70; *Dict. du not.*, v° *Ressort des not.*, n. 82; Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 180; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 251; Amiaud, *op. cit.*, v° *Absent*, n. 7, et v° *Notaires*, n. 29; *Journ. des not.*, art. 373 et art. 24409; *Journ. des not.*, 1876, p. 33; Bauby, *op. cit.*, p. 144; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, v° *cit.*, n. 390. — *Contra* Sellier, *Cours de not.*, 1849, p. 41 et 243; Eloy, *op. cit.*, I, n. 173; Emond, *op. cit.*, p. 185; Bastiné, *Cours de not.*, p. 63, n. 1; *Journ. du not.*, 1876, n. 2888; D., *Répert. alph.*, v° *Absent*, n. 137.

(4) C'est devant le conseil d'Etat que doit être portée la demande ou interpréta-

résidence le lieu où le notaire est tenu d'avoir sa demeure fixe et permanente, son étude, ses clercs et le dépôt de ses minutes [1]. Chaque notaire, dit l'art. 4 de la loi de ventôse, doit résider dans le lieu qui lui est fixé par le gouvernement; en cas de contravention, il sera considéré comme démissionnaire, et le ministre de la justice, après avoir pris l'avis du tribunal, pourra proposer au gouvernement le remplacement [2]. Il ne faut pas confondre la résidence avec le ressort : un notaire ne peut en aucun cas recevoir d'acte hors de son ressort; mais, pourvu qu'il reste dans les limites de celui-ci, il peut aller instrumenter hors du lieu de sa résidence, à la condition, toutefois, qu'il en soit requis [3].

L'obligation de la résidence était déjà consacrée par l'ordonnance du mois de juillet 1304, art. 22 : « *Dicti notarii in locis certis, villis seu castris, residebunt* ». Depuis lors elle a

tion d'une ordonnance fixant la résidence d'un notaire. Cons. d'Etat, 30 nov. 1853, D. P., 54, 5. 508.

(1) Avis conseil d'Etat, 7 fructidor an XII. — V. D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 38. — Rien ne s'oppose, toutefois, à ce que le notaire ait pour lui et sa famille, soit dans la commune de sa résidence, soit même dans une commune voisine, une habitation séparée de son étude. On peut seulement exiger de lui qu'il se rende régulièrement dans celle-ci, de manière que les personnes qui auront besoin de faire appel à son ministère puissent l'y trouver. Lefebvre, *op. cit.*, n. 119; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 181; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 271.

(2) D'après l'opinion générale, quand le décret de dénomination indique simplement la ville ou la commune où le notaire doit résider, il peut établir son étude dans telle ou telle rue, dans tel hameau ou village à son choix. — Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Résidence*. n. 16-17 (même édit., VIII, 341); Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 113 s.; Fabvier-Coulomb, *op. cit.*, sur l'art. 4, p. 21, note 16; Chotteau, *Jurispr. not.*, n. 41; Génébrier, *op. cit.*, p. 183, *Dict. du not.*, v° *Résidence*, n. 13 à 15; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 235-236; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 56 (même édit., II, p. 612). — V. cependant circulaire du Min. de la just. du 1er sept. 1861, *Journ. du not.*, art. 17299. — V., pour la critique de cette circulaire, les auteurs précités dans cette note. — V. aussi dans le même sens que la circulaire précitée, Grenoble, 24 février 1875, *Rev. du not.*, n. 4939. — Chambéry, 4 mars 1878, *Rev. du not.*, n. 5630.

(3) Une réquisition émanant des parties est indispensable. Arrêté du 7 fructidor an XII. — Décision min. just., 30 oct. 1834 et 3 décembre 1836. *Encycl. des not.*, n. 17 et 47; *Code des not. expliqué*, p. 37. — Cpr. Req., 22 août 1860, D. P., 61. 1. 58. — Mais, jusqu'à preuve contraire, on doit supposer que le notaire a été requis, et, en conséquence, le notaire qui a instrumenté hors de sa résidence, n'est pas tenu de justifier d'une réquisition des parties. — Toulouse, 14 août 1843, joint à Req., 30 avril 1845, S., 45. 1. 657, D. P., 45. 1. 303.

été toujours reconnue en principe. On la retrouvait dans la loi du 29 septembre-6 octobre 1791 (tit. I, sect. 2 art. 10).

Cette obligation a une double raison d'être : d'abord l'intérêt public exige que les personnes qui ont besoin de recourir au ministère d'un notaire, puissent le trouver dans un lieu déterminé une fois pour toutes. De plus, l'intérêt bien compris des notaires eux-mêmes s'oppose à ce qu'il leur soit permis de changer librement de résidence, car il en résulterait une concurrence excessive, qui aurait pour effet de déconsidérer complètement le corps notarial (1).

2132. L'infraction est évidente quand un notaire n'a pas établi sa résidence dans le lieu fixé par le gouvernement (2). Il en est de même quand un notaire n'a conservé au lieu de sa résidence légale qu'un domicile fictif et a transporté définitivement ailleurs son ménage et le dépôt de ses minutes (3).

Mais, dans les cas où un notaire ne quitte son étude que d'une façon temporaire (4), la question soulève très souvent des difficultés.

(1) « Si le notaire pouvait transférer à son gré sa résidence, a dit le tribun Favard, la loi aurait manqué son but, tant pour l'avantage de la société que pour celui des notaires en particulier. On verrait la majeure partie d'entre eux abandonner les campagnes et venir habiter les villes, pour la résidence desquelles d'autres notaires auraient payé un cautionnement plus considérable ». Rapport précité, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire-Notariat* (XXXII, p. 582, n. 24). — V. aussi Riom, 18 mai 1833, S., 33. 2. 582, D., *op. cit.*, n. 61-1° (XXXII, p. 605, note 3). — V. aussi Réal, *Exposé des motifs de la loi relative à l'organisation du notariat*, D., même vol., p. 579, col. 1, n. 5. — Req., 8 mars 1864, S., 64. 1. 159, D. P., 64. 1. 364.

(2) V. Trib. Tournon, 16 déc. 1836, *Journ. des not.*, art. 9302. — Trib. Dragnignan, 14 fév. 1837, *Journ. des not.*, art. 9797.

(3) Grenoble, 30 janv. 1856, S., 56. 2. 348, D. P., 56. 2. 92. — Aix, 21 fév. 1860, *Journ. des not.*, art. 16803. — Grenoble, 24 fév. 1875, S., 75. 2. 293, D. P., 76. 2. 114. — Chambéry, 4 mars 1878, S., 78. 2. 178, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 18 (XI, p. 69, note 1). — V. dans le même sens, *Dict. du not., suppl.* v° *Résidence*, n. 75; Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 123; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 182; Clerc, Dalloz et Vergé, *Form. gén. du not.*, II, n. 79; Amiaud, *op. cit.*, n. 62; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. et v° cit.*, n. 278. — L'inscription du notaire sur le rôle des patentes de la ville où il s'est transporté est une des circonstances d'où l'on peut induire l'abandon de jouissance. Chambéry, 4 mars 1878, précité.

(4) La législation notariale française ne s'explique pas sur la durée que doit avoir l'absence pour que le notaire soit considéré comme démissionnaire. M. Morin enseigne cependant que le notaire dont l'absence a été de plus d'un mois, encourt cette sanction. *Discipline des tribunaux*, I, n. 367 et 430 *bis*. Mais cette opinion,

Cependant les auteurs et la jurisprudence s'accordent à décider qu'il y a infraction à la disposition de l'art. 4 lorsqu'un notaire ouvre une seconde étude dans un autre lieu que celui fixé pour sa résidence et qu'il s'y rend périodiquement pour se tenir à la disposition de sa clientèle (1). C'est ce qui a été jugé fréquemment à l'égard des notaires qui vont instrumenter dans une commune autre que celle de leur résidence, les jours de foire ou de marché (2). On estime également que le fait, par un notaire, de quitter son étude pour fuir un danger, par exemple une invasion ou une épidémie, doit être considéré comme un abandon de résidence : car c'est sur-

purement personnelle, ne s'appuie sur aucun texte. Il s'agit ici d'une question de fait qui doit être décidée d'après les circonstances et qui est abandonnée à l'appréciation du gouvernement et des juges. — V. Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 125; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 64 (même édit., II, p. 615); Dalloz, *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 19 — Comp. Req., 15 juill. 1840, S., 40. 1. 595. — La loi hollandaise du 9 juillet 1842 exige que le notaire obtienne, s'il veut s'absenter plus de quatorze jours, l'autorisation du procureur du roi, et, s'il veut s'absenter plus d'un mois, celle du procureur général. La loi italienne du 17 décembre 1875 ne permet à un notaire de s'absenter plus de cinq jours que s'il y a été autorisé par la chambre des notaires, et plus de deux mois que s'il y a été autorisé par le président de la cour d'appel, sur l'avis de la chambre. Art. 27. *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 577.

(1) V. Ord. 26 nov. 1836, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 41-1° (XXXII, p. 601, note 1); *Journ. des not.*, art. 9489. — Comp. déc. min. just., 2 nov. 1835.

(2) Rouen, 26 juin 1837, S., 37. 2. 472 et D., joint à Civ. cass., 11 janv. 1841, postcité. — Lyon, 30 août 1838, S., 39. 2. 423. — Req., 15 juil. 1840, S., 40. 1. 595, D., *op.* et v° *cit.*, n. 62-1° (XXXII, p. 606, note 1). — Civ. cass., 11 janv. 1841, D., *loc. cit.* — Rennes, 24 août 1841, S., 41. 2. 535. — Paris, 31 janv. 1843, P., 43. 1. 292. — Rennes, 1er avril 1843, *Journ. des not.*, art. 11991. — Poitiers, 2 fév. 1844, *Journ. des not.*, art. 11987. — Bordeaux, 22 août 1854, D. P., 55. 5. 292. — Caen, 4 juin 1857, S., 57. 2. 264, D. P., 59. 2. 142. — Agen, 4 août 1857, S., *ibid.*, D. P., 57. 2. 164. — Trib. Lizieux, 22 avril 1858, *Journ. des not.*, art. 16367. — Caen, 6 déc. 1858, S., 59. 2. 241. — Req., 30 mai 1859, S., 59. 1. 374, D. P., 59. 1. 209; 22 août 1860, S., 60. 1. 933, D. P., 61. 1. 58. — Caen, 28 mai 1861, S., 61. 2. 603, D. P., 62. 2. 47. — Req., 8 mars 1864, S., 64. 1. 159, D. P., 64. 1. 304; 1er avril 1868, S., 68. 1. 207, D. P., 68. 1. 421. — Bordeaux, 13 mai 1872, S., 72. 2. 238, D. P., 73. 2. 63; 13 mai 1882, *Rev. du not.*, n. 4227. — Quelques décisions, plus anciennes, avaient été rendues en sens contraire. — V. Req., 21 fév. 1827, S. chr., VIII. 1. 531, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 42-1° (XXXII, p. 601, note 2). — Paris, 14 mai 1832, S., 32. 2. 405, D., *op.* et v° *cit.*, n. 42-2° (même p., note 3). — Ces décisions sont restées isolées. — V. encore dans le premier sens, *Code des not. expliqué*, p. 37-38, et aussi, pour diverses applications du principe et certaines particularités intéressantes, Fuzier-Herman, Carpentier et Frère-Jouan du Saint, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 288-295.

tout en cas de danger qu'un notaire doit rester à son poste [1]. En pareille matière, d'ailleurs, il s'agit, en général, de résoudre une question de fait, et les tribunaux ont, par suite, un plein pouvoir d'appréciation [2]. Notons qu'ils doivent s'appliquer à concilier l'obligation de la résidence avec le devoir des notaires d'instrumenter à toute réquisition dans une commune quelconque de leur ressort. Art. 3 l. ventôse [3].

2133. L'infraction à la règle de la résidence peut donner lieu à trois actions distinctes :

Il résulte de la disposition précitée de l'article 4, qu'elle peut être l'objet d'une répression administrative : le parquet, lorsque cette contravention lui est dénoncée, doit en saisir le garde des sceaux [4]. Le ministre apprécie si la gravité des faits est suffisante pour motiver le remplacement du contrevenant [5], et, habituellement [6] surtout quand l'infraction

[1] Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 124 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 238, p. 413; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 59 (même édit., II, p. 612) ; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 182. — Trib. d'Avignon, 26 août 1854 (épidémie), *Dict. du not.*, v° *Discipline*, n. 61.

[2] Toutefois, c'est, en général, des circonstances suivantes que les tribunaux induisent le fait d'ouverture d'une seconde étude hors de la résidence légale : périodicité du transport dans un autre lieu, affectation d'un certain local à la réception de la clientèle, installation d'un clerc et d'un dépôt de minutes et de registres dans ce local, défaut de réquisition spéciale de la part des parties. Clerc, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, II, p. 14, n. 96 s. ; Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 128 s. ; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 60 (même édit., II, p. 613) ; D , *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 22. — En ce qui regarde la réquisition de transport du notaire, il faut qu'elle soit sérieuse, notamment qu'elle n'ait pas été sollicitée par le notaire lui-même et que la mention qui en est faite ne soit pas un subterfuge pour échapper à l'action disciplinaire. Bordeaux, 29 nov. 1859, *Journ. des not.*, art. 16812. — Par le même motif, le notaire ne serait pas couvert si la réquisition n'émanait que d'un petit nombre de clients et n'avait été, en réalité, que le prétexte des déplacements périodiques du notaire. Bordeaux, 13 mai 1872, S., 72. 2. 238, D. P., 73. 2. 63.

[3] Amiaud, *loc. cit.*, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 44.

[4] C'est le garde des sceaux qui a exclusivement le droit de pourvoir au remplacement des notaires en fonctions. Il appartient donc au ministère de la justice et non pas aux tribunaux de contraindre un notaire à réintégrer sa résidence. Turin, 9 janv. 1810, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire*, n. 50. — Metz, 21 juill. 1818, S. chr., V, 2, 405, col. 3 (V. les arrêts indiqués en note), D., *op.* et v° *cit.*, n. 60. — Cons. d'État, 28 août 1822 et 9 mai 1838, D., *op.*, v° *cit.*, n. 51.

[5] Si le ministre ne se considère pas comme assez éclairé par la plainte et par les renseignements qui ont pu lui être donnés par la chambre ou par le ministère public, il ordonne une enquête qui a lieu à la diligence de celui-ci et contradictoirement avec le notaire, s'il est présent. D., *op.*, v° *cit.*, n. 53.

[6] Circulaire ministre just., 24 vendémiaire an VI. — Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 153;

est simplement temporaire, il adresse au notaire, avant de provoquer la déclaration de démission, un avertissement officieux en le mettant en demeure de réintégrer sa résidence [1]. Si cette injonction reste infructueuse, il charge le procureur de la République de demander l'avis du tribunal [2], et, après délibération de ce dernier, il peut provoquer [3], s'il y a lieu, un décret déclarant le contrevenant démissionnaire. Ce décret, acte de haute administration, ne saurait être attaqué par la voie contentieuse [4]. Dès qu'il a été notifié au notaire infracteur, celui-ci doit cesser ses fonctions [5], mais, bien qu'il ne puisse plus les exercer jusqu'à son remplacement, il conserve le droit de présenter un successeur, au moins pendant le délai qui lui a été imparti par le Gouvernement [6].

Celui-ci, d'ailleurs, ayant, aux termes de l'art. 32 de la loi

Eloy, *op. cit.*, n. 218; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 185; Amiaud et Rutgeerts, *op. cit.*, I, p. 414; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 65 (même édition, II, p. 615); D., *op.* et v° *cit.*, n. 52; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 315.

(1) Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 52 (XXXII, p. 603); *Code des not. expliqué*, p. 39-40.

(2) Le décret de remplacement qui serait pris sans que l'avis du tribunal eût été demandé, pourrait être attaqué devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir. Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 153; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 311.

(3) Alors même que l'infraction présente un caractère très grave, le ministre n'est point obligé de proposer le remplacement et le gouvernement n'est point tenu d'adhérer à cette proposition. L'art. 4 dit, il est vrai, d'abord : « Le notaire *sera* considéré comme démissionnaire... »; mais il ajoute que le ministre de la justice « *pourra* proposer le remplacement ». Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 152; Clerc, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, n. 86; Fouquet, *Bibliothèque du barreau*, II (1829), p. 35; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 48; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 314; *Code du not. expliqué*, p. 38-39.

(4) Cons. d'État, 28 août 1822, 9 mai 1838 et 30 juin 1860, *Journ. des not.*, art. 16.883, S. chr., VII, 2, 121, et S., 39. 2. 126; D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 51 (XXXII, p. 603, note 1). — V. Clerc, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, n. 90; Amiaud, *op. cit.*, n. 65.

(5) Si le contrevenant résiste, le procureur de la République peut requérir l'apposition des scellés sur les minutes de l'étude. Déc. min. just., 19 janv. 1837. — V. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Résidence*, n. 52 et 53 (même édit., VIII, p. 346).

(6) Même déc. min. just. — V. Clerc, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, n. 91; Lefebvre, *op. cit.*, II, n. 669; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 54; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 145; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 65 *in fine*; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 49; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 317; *Code des not. expliqué*, p. 40.

de ventôse, de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 et aussi aux termes de la loi du 12 août 1902, le droit de réduire les offices en cas de décès, *démission* ou destitution du titulaire, peut, du moins dans les limites déterminées par le nouvel art. 31 de la loi de ventôse, supprimer l'étude d'un notaire déclaré démissionnaire (1).

2° Le manquement à l'obligation de résidence peut aussi être, de la part du tribunal civil, l'objet d'une répression disciplinaire. Nonobstant le silence de la loi, on est aujourd'hui d'accord sur ce point. Toutefois cela suppose soit que la contravention a préjudicié au service public, soit qu'elle a entraîné un détournement de clientèle (2).

3° Enfin, par une application du principe général posé dans l'art. 1382 C. civ., une action en dommages-intérêts est ouverte au profit des notaires qui sont lésés par le détournement de clientèle, conséquence de l'infraction (3). Cette action

(1) *Code des not. expliqué*, p. 40 *in fine*.

(2) *Sic* Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 159; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 186; Clerc, *Tr. gén. du not.*, I, n. 23; Clerc, Dalloz et Vergé, *op. cit.*, II, n. 93; *Encycl. du not.*, v° *Discipline not.*, n. 90 s.; Dutruc, *Mémorial du min. publ.*, v° *Discipline*, n. 8 s.; Rutgeerts et Amiaud, I, *op. cit.*, n. 239; Eloy, *op. cit.*, I, n. 221-222; Bauby, *op. cit.*, p. 247; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 322 s. — Rouen, 26 juin 1837, S., 37. 2. 472; 9 fév. 1839, *Journ. des not.*, art. 10354. — Civ. cass., 11 janv. 1841, S., 41. 1. 19, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 63 (XXXII, p. 609, note 1). — Limoges, 19 nov. 1842, *Journ. des not.*, art. 11596. — Paris, 31 janv. 1843, P., 43. 1. 292. — Poitiers, 2 fév. 1844, *Journ. des not.*, art. 11987. — Toulouse, 31 déc. 1844, D. P., 45. 2. 66. — Grenoble, 30 janv. 1856, D. P., 56. 2. 92. — Caen, 4 juin 1857, S., 57. 2. 564, D. P., 57. 2. 164. — Agen, 4 août 1857, D. P., 57. 2. 164. — Caen, 6 déc. 1858, S., 59. 2. 241. — Req., 22 août 1860, S., 60. 1. 933, D. P., 61. 1. 58; 1er avril 1868, S., 68. 1. 207, D. P., 68. 1. 421. — *Contra* Turin, 9 janv. 1810, S. chr., III, 2. 181. — Req., 21 fév. 1827, S. chr., VIII, 1. 531; 24 juin 1829, S. chr., IX, 1. 319. — Paris, 14 mai 1832, S., 32. 2. 405. — V. aussi Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Résidence*, n. 40; *Dict. du not.*, eod. v°, n. 86. — Metz, 20 juin 1846, S., 46. 2. 442, D. P., 46. 2. 160. — Le Tribunal saisi d'une poursuite disciplinaire pour violation de l'obligation de résidence peut, croyons-nous, prononcer contre le notaire infracteur la peine de destitution. Lefebvre, *op. cit.*, n. 160; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 186; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, p. 419; *Encycl. du not.*, v° *Destitution;* Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 331-338. — Req., 22 août 1860, précité. — Trib. Gaillac, 3 mai 1892, *Rev. du not.*, n. 8938, *Journ. du not.*, 1892, p. 486. — Trib. Avallon, 14 juin 1893, *Rev. du not.*, n. 8990, *Journ. du not.*, 1893, p. 503. — Trib. Gaillac, 15 mai 1895, *Rev. du not.*, n. 9405. — Cpr. *Code des not. expliqué*, p. 41 *in fine*.

(3) *Sic* Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 163; Eloy, *op. cit.*, I, n. 221; Clerc, Dalloz et

civile n'est point subordonnée à la condition qu'elle sera précédée ou accompagnée soit de l'action administrative (1), soit de l'action disciplinaire (2). Les collègues lésés peuvent, au surplus, prouver, non seulement par titres, mais aussi par témoins, les faits qu'ils allèguent (3). Toutefois ils ne sont pas admis à demander la vérification de toutes les minutes du notaire infracteur : les juges ne peuvent autoriser un compulsoire que s'il est restreint aux actes dont il est nécessaire de prendre connaissance (4).

Vergé, *op. cit.*, n. 96; *Encycl. des not.*, v° *Résidence des not.*, n. 43; *Dict. du not.*, 4e éd. et *Suppl.*, v° *Résidence des not.*, n. 120 s.; Delacourtie et Robert, *op. cit.*, n. 163; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 67; D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 59; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 342 s. — Riom, 18 mai 1833, S., 33. 2. 582, *op.* et v° *cit.*, n. 61-1° (XXXII, p. 605, note 3), — Rouen, 26 juin 1837, S., 37. 2. 472 et D. joint à Civ. cass., 11 janv. 1841, précité. — Lyon, 30 août 1838, S., 39. 2. 423; 28 mars 1840, D., *op.* et v° *cit.*, n. 62. — Civ. cass., 11 janv. 1841, S., 41. 1. 112, D., *op.* et v° *cit.*, n. 62 (XXXII, p. 607, note continuée, col. 2, 2e espèce). — Rennes, 24 août 1841, S., 41. 2. 535. — Riom, 28 déc. 1846, S., 47. 2. 395, D. P., 47. 2. 31. — Grenoble, 2 mars 1850, S., 51. 2. 84, D. P., 52. 2. 118. — Caen, 4 juin 1857, S., 57. 2. 564. — Req., 30 mai 1859, S., 59. 1. 374, D. P., 59. 1. 269. — Pau, 28 fév. 1861, *Rev. du not.*, n. 89. — Caen, 28 mai 1861, S., 61. 2. 603, D. P., 62. 2. 47. — Req., 8 mars 1864, S., 64. 1. 159, D. P., 64. 1. 394. — Bordeaux, 13 mai 1872, S., 72. 1. 238, D. P., 73. 2. 63. — Grenoble, 24 fév. 1875, S., 75. 2. 293, D. P., 76. 2. 114. — Chambéry, 4 mars 1878, S., 78. 2. 178, D. P., 79. 5. 287. — Mais, bien entendu, les demandeurs doivent prouver qu'en instrumentant hors de sa résidence, le défendeur leur a causé un dommage. — Trib. Saint-Omer, 19 juin 1896, et, sur appel, Douai 9 mars 1897, *Rev. du not.*, n. 9864. — Anciennement quelques rares décisions avaient déclaré que les notaires lésés par ce fait qu'un de leurs confrères avait instrumenté hors de sa résidence n'avait pas d'action en dommages-intérêts contre le contrevenant. Metz, 21 juill. 1818, S. chr., V, 2. 405, col. 3. D., *op.* et v° *cit.*, n. 60 (XXXII, p. 605, note 2). — Trib. Clermont-Ferrand, 7 juin 1832, S., 32. 2. 360.

(1) Civ. cass., 11 janv. 1841, S., 41. 1. 19, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 63, XXXII, p. 609, note 1. — Gand, 12 déc. 1877, cité par Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, p. 419; 10 janv. 1879, *Pasicr. belge*, 79. 2. 4. — V. aussi Lefebvre, *op. cit.*, I, n. 163. — L'action en dommages-intérêts, étant indépendante de l'action publique ou administrative, peut être exercée alors même qu'antérieurement, le Ministre de la justice, saisi d'une plainte contre le notaire infracteur, a déclaré, après information, qu'il n'y avait lieu à suivre sur cette plainte. Grenoble, 2 mars 1850, S., 51. 2. 84, D. P., 52. 2. 118.

(2) Liège, 10 juin 1847, cité par Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, p. 419. — Gand, 12 déc. 1877, précité.

(3) Trib. de Villefranche, 29 mars 1838, D., *Rép. alph.*, v° *Notaire*, n. 65-2° (XXXII, p. 610, note 2). — *Adde* Amiaud, *op. cit.*, n. 67 (même édit., II, p. 616); *Code des not. expliqué*, p. 43.

(4) Grenoble, 2 mars 1850, S., 51. 2. 84, D. P., 52. 2. 119. — *Adde* Amiaud, *loc. cit.*; *Code des not. expliqué, ubi supra.*

2134. Les notaires ont, d'ailleurs, un droit acquis à la résidence qui leur est assignée par le décret de nomination. Elle ne saurait donc être changée sans leur consentement. Cela résulte de la combinaison de l'art. 2, qui consacre le principe de l'inamovibilité, avec l'art. 45, qui porte que le décret de nomination doit énoncer « le lieu fixe de la résidence ». La détermination de celle-ci est donc un des éléments de l'acte qui investit le notaire de son titre, et, comme toutes les autres parties de cet acte, elle doit être respectée (1).

C. *Conditions d'admission et mode de nomination.*

N° 1. Conditions d'admission.

2135. Aux termes du nouvel art. 35 de la loi de ventôse (l. 12 août 1902) : « Pour être admis aux fonctions de notaire, il faudra : 1° jouir de l'exercice des droits de citoyen ; 2° avoir satisfait aux lois sur le recrutement de l'armée ; 3° être âgé de vingt-cinq ans accomplis ; 4° justifier du temps de travail prescrit par les articles suivants ; 5° et avoir subi avec succès l'examen professionnel prescrit par les articles 42 et 43 ci-après ».

A l'exception de la dernière, ces conditions étaient déjà exigées par l'ancien art. 35.

En ce qui regarde les trois premières, nous nous bornerons à dire quelques mots.

Du moment qu'on peut être privé de certains droits civiques, par exemple du droit de vote et de port d'armes, et conserver néanmoins la jouissance de ceux qui suffisent pour l'exercice des fonctions publiques, une privation partielle des droits civiques n'emporterait pas, par elle-même, semble-t-il, exclusion des fonctions de notaire ; mais le gouvernement et les chambres de discipline auraient à apprécier la question de

(1) Bastiné, *Cours de not.* (Bruxelles, 1870), p. 67 ; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Résidence*, n. 65 (même édit., VIII, p. 347) ; Gagneraux, *op. cit.*, n. 28 et 38 ; Fabvier-Coulomb, *De l'admission au notariat* (1844), art. 2, note 12 ; Génébrier, *Nouveau cours de not.* (1880), I, p. 176 ; *Encyclopédie du not.*, v° *Résidence*, n. 55 ; Amiaud, *op. et v° cit.*, n. 68 (même édit., II, p. 616).

moralité que soulèverait la condamnation subie par le candidat [1].

Quant à la condition d' « avoir satisfait aux lois sur le recrutement de l'armée », *il va de soi,* comme l'a dit M. Guérin, rapporteur du Sénat, qu'elle est exigée seulement en ce qui concerne le service actif [2]. Telle est aussi, d'ailleurs, l'interprétation de la Chancellerie [3]. Pour établir qu'il remplit cette condition, le candidat doit produire un certificat dit « certificat de libération du service militaire ». Toutefois les anciens notaires n'ont pas à faire cette justification [4].

L'âge de vingt-cinq ans était déjà exigé par l'art. 82 de l'ordonnance de 1560 et avait été maintenu par l'art. 4 de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791. La vingt-cinquième année doit être accomplie le jour de la nomination. Aucune dispense d'âge ne peut être accordée. L'âge ne peut être prouvé que par une expédition légalisée de l'acte de naissance. Les anciens notaires seuls ne sont pas tenus de produire cette pièce [5].

La loi du 12 août 1902 a notablement modifié la réglementation du stage. Il nous faudra insister sur ce point. Nous aurons aussi à entrer dans quelques détails sur l'examen professionnel vu l'importance de cette condition, qui est d'ailleurs nouvelle, du moins en droit.

a. *Du stage.*

2136. La nécessité du stage n'est pas contestable. Lors de la discussion de la loi de ventôse, le tribun Jaubert l'a parfaitement démontré : « Quelle profession, plus que celle des notaires, a-t-il dit, exige une éducation analogue? Ne sait-on pas que la plus savante théorie ne suffirait pas pour faire un bon notaire; qu'il faut aussi une pratique assidue pour

(1) V. notamment *Code des notaires expliqué*, p. 412 *in fine.*

(2) Sénat, 2e délibération, séance du 14 mars 1899, *Journ. Off.* du 15 mars 1899, p. 273.

(3) La circulaire du garde des sceaux, du 16 août 1902, sous la rubrique *Cession d'offices*, parle du « certificat de libération du service militaire *actif* ». V. Levasseur, *op. cit.*, p. 9. — V. notamment *Code des not. expl.*, p. 413.

(4) Circulaire du garde des sceaux du 16 août 1902. V. Levasseur, *op. cit.*, p. 9.

(5) Même circul., *ibid.*

apprendre les formes, pour connaître les lois relatives, pour exprimer avec clarté des conventions qui se diversifient à l'infini, pour éviter des pièges qui trop souvent sont tendus à la candeur et à la bonne foi ? Pour tout cela, sans doute, il faut de la perspicacité naturelle, mais il faut aussi de l'habitude. Loin de nous de considérer le ministère des notaires comme l'ouvrage d'une routine vulgaire : mais chaque profession a ses règles; celle du notaire a, de plus, son style particulier; l'habitude seule peut donner ce genre d'instruction. Un des plus grands avantages du stage doit être aussi d'aider le candidat à se bien pénétrer de l'esprit de sa profession. Il n'est plus question ni d'esprit de corps, ni d'esprit de corporation; mais il est utile, il est nécessaire que dans chaque profession il y ait un esprit de l'état; il excite l'émulation, honore le cœur, élève l'âme. Lorsqu'un homme estime sa profession, il sait prendre les moyens de se faire estimer lui-même » (1).

Aussi la législation a-t-elle toujours imposé le stage. Elle n'a varié que relativement à ses conditions et à sa durée.

Les conditions du stage sont aujourd'hui déterminées par le nouvel art. 39 de la loi de ventôse (l. 12 août 1902) : « Nul ne sera admis à l'inscription du stage, s'il ne justifie qu'il est âgé de dix-sept ans accomplis et s'il ne produit un certificat de bonne vie et mœurs ». L'âge de dix-sept ans n'avait pas été requis par le législateur de l'an XI, mais il avait été exigé par l'art. 34 de l'ordonnance du 4 janvier 1843. Quant au certificat de bonne vie et mœurs, c'est le maire de la commune du candidat qui le délivre (2).

2137. « Le temps de travail ou stage, disait l'ancien art. 36 de la loi de ventôse, sera, sauf les exceptions ci-après, de six années entières et non interrompues, dont une des deux dernières, au moins, en qualité de premier clerc chez un notaire d'une classe égale à celle où se trouvera la place à remplir » (3).

(1) D., *Rép. alph.*, v° *Notaire-Notariat*. XXXII, p. 584, col. 1, n. 44.

(2) Rapport précité de M. Guérin, p. 621.

(3) Aux termes de la loi des 29 sept.-6 oct. 1791, tit. IV, art. 4, al. 1, pour être admis à prendre part au concours public au moyen duquel étaient désignés les sujets qui pouvaient occuper les places de notaires, il fallait, notamment, avoir travaillé pendant huit années sans interruption : savoir, pendant les quatre premières,

Tel était le principe. Mais la durée du stage était augmentée ou diminuée suivant que l'office à pourvoir était d'une classe supérieure ou inférieure à celle de l'étude où le candidat avait travaillé.

D'une part, en effet, le temps de stage devait être « d'un tiers en sus », soit de huit ans, toutes les fois que l'aspirant, ayant travaillé chez un notaire d'une classe inférieure, se présentait pour remplir une place d'une classe immédiatement supérieure (art. 40). D'autre part, en sens inverse : 1° le temps de travail pouvait n'être que de quatre années lorsqu'il en avait été employé trois dans une étude d'une classe supérieure à la place qui devait être remplie et lorsque, pendant la quatrième, l'aspirant avait travaillé, en qualité de premier clerc, chez un notaire d'une classe supérieure ou égale à celle de l'office à pourvoir (art. 37); 2° pour être admis à exercer dans la troisième classe, il suffisait que le candidat eût travaillé pendant trois années chez un notaire de première ou de seconde classe (art. 41).

Ajoutons que l'aspirant qui avait travaillé pendant quatre ans, sans interruption, chez un notaire de première ou de seconde classe, et qui avait été, pendant deux ans au moins, défenseur ou avoué près d'un tribunal civil, pouvait être admis dans une des classes où il avait fait son stage, pourvu que, pendant l'une des deux dernières années de son stage, il eût travaillé, en qualité de premier clerc, chez un notaire d'une classe égale à celle où se trouvait la place à remplir. Art. 39.

Enfin le gouvernement pouvait dispenser de la justification du temps d'étude les individus qui avaient exercé des fonctions administratives ou judiciaires. Art. 42.

Ce système était beaucoup trop compliqué. La différence existant dans la durée du stage, suivant qu'il avait été accompli dans une étude d'une classe inférieure, égale ou supérieure

soit dans les études des ci-devant procureurs ou des avoués, soit dans les études de notaires, en quelque lieu que ce fût du royaume, mais nécessairement, pendant les quatre dernières, en qualité de clerc de notaire dans l'étendue du département où le concours avait lieu, et y être actuellement employé en cette qualité.

à celle de l'office à pourvoir, n'avait pas sa raison d'être [1]. Il y a, en effet, des chefs-lieux de canton où le mouvement des affaires est plus important que dans certains chefs-lieux d'arrondissement ou même de cour d'appel [2] : « On peut affirmer sans paradoxe, a dit M. Guérin, que le notaire de troisième classe a besoin d'autant d'instruction et d'expérience que son confrère de deuxième ou de première classe ; il n'a, en effet, personne auprès de lui pour le conseiller, et il est aujourd'hui appelé à traiter des affaires souvent aussi délicates et aussi compliquées » [3].

De plus, la faculté reconnue au gouvernement de dispenser du stage toute personne ayant occupé des fonctions judiciaires ou administratives, présentait de graves dangers.

2138. La loi du 12 août 1902 a, en conséquence, modifié et simplifié celle de l'an XI. La durée du stage reste, en principe, fixée à six ans. Nouv. art. 36. Mais la loi de 1902 exige de tous les candidats le même temps de travail, quelle que soit la classe de l'office à pourvoir. Comme précédemment, les six années de stage doivent être « entières et non interrompues ». Toutefois, quand il s'agit d'apprécier la discontinuation du stage, il ne faut pas interpréter la loi d'une façon trop rigoureuse. On lit à ce sujet dans la circulaire du 16 août 1902 : « En exigeant que les années de stage ne soient pas interrompues, le législateur de 1902, comme celui de 1803, n'a voulu obtenir qu'un résultat : l'application continue et la persistance dans les études notariales. Il n'a point eu l'intention de refuser le bénéfice du stage aux aspirants dont le travail a été suspendu pour cause de maladie, de service militaire, d'études dans les écoles de droit ou par l'exercice de fonctions publiques présentant quelque analogie avec le notariat, par exemple celles d'avoué, d'huissier, de surnuméraire de l'enregistrement, etc. Mais il y aurait interruption de stage,

(1) Le conseiller d'Etat Réal avait formulé la proposition contraire dans l'exposé des motifs de la loi sur l'organisation du notariat. — V. D., *Rép. alph.*, v° *Notaire, Notariat* (XXXII, p. 579, col. 1 *in fine*).

(2) V. *Code des not. expliqué*, p. 424 *in fine* et 425. — Levasseur, *op. cit.*, p. 39 *in fine*, 40-41.

(3) Rapport précité, p. 621.

si le candidat s'était, entre temps, livré à des occupations étrangères au notariat, à un commerce, à une industrie, ou même s'il était resté longtemps inoccupé » (1).

Des six années de stage, deux au moins doivent avoir été employées « en qualité de premier clerc ». Nouv. art. 36. D'après le projet présenté par M. Darlan au Sénat, le 27 octobre 1896, les deux années de première cléricature devaient être les deux dernières du stage (2). Mais la commission du Sénat crut devoir écarter cette exigence : « Lorsqu'un aspirant, dit M. Guérin, dans son rapport, ne trouve pas à traiter d'un office aussitôt après ses six ans de travail, il peut être obligé de prolonger son stage; il serait trop rigoureux de lui imposer l'obligation de conserver indéfiniment l'inscription de premier clerc » (3). Les deux années de première cléricature peuvent même être fractionnées en plusieurs parties séparées par des intervalles pendant lesquels le candidat, sans se livrer, d'ailleurs, à des occupations étrangères, n'a pas travaillé en qualité de premier clerc (4).

Mais « une de ces deux années devra être accomplie dans un office d'une classe au moins égale à celle de l'office dont le titulaire sera à remplacer » Nouv. art. 36, al. 1. Cette disposition ne figurait pas dans le projet déposé par M. Darlan le 27 octobre 1896. Elle y fut introduite sur cette observation faite par M. le sénateur Ratier : « Un clerc, lorsqu'il n'a travaillé que dans une étude d'un modeste chef-lieu de canton ne peut avoir ni l'expérience, ni l'acquit, ni la connaissance des hommes et des choses d'un clerc habitué à traiter les affaires souvent complexes et difficiles d'une étude de très grande ville » (5). Il est des cas, sans doute, où cette remarque paraît justifiée. Mais il en est d'autres où les faits lui donnent un démenti saisissant. C'est ainsi que les études du

(1) V. le texte de cette circulaire dans Levasseur, *op. cit.*, p. 10. — V. aussi Sénat, première délibération, séance du 7 février 1899, *Journ. off.* du 8 février 1899, p. 120. — V., pour les détails, notamment *Code des not. expliqué*, p. 427-429; Chanson, *op. cit.*, p. 498, n. 30.

(2) Annexe n. 3, *Journ. off.* du 21 janvier 1897, p. 336.

(3) Rapport précité de M. Guérin, p. 621.

(4) Sénat, séance du 14 mars 1899, *Journ. off.* du 15 mars 1899, p. 273.

(5) Sénat, séance du 14 mars 1889, *Journ. off.* du 15 mars 1899, *ibid.*

Havre, de Lille et de Nantes, comme on l'a objecté très exactement, traitent « bien plus d'affaires difficiles et compliquées que celles de la plupart des chefs-lieux de cour d'appel » [1]. La disposition précitée est donc très discutable.

Pour justifier qu'il remplit la condition dont nous venons de parler, celui qui postule pour un office de notaire doit fournir des certificats d'inscription au stage délivrés par chacune des chambres de notaires dans le ressort de laquelle il a travaillé et contenant des renseignements sur sa moralité [2].

2139. Le stage est réduit à quatre années pour le candidat qui « justifie du diplôme de docteur ou de licencié en droit, ou du certificat d'élève diplômé d'une école de notariat reconnue par l'État ». Art. 36, al. 2. Mais, comme il est dit dans la circulaire ministérielle du 16 août 1902 : « L'exception relative aux élèves sortant d'une école de notariat ne saurait encore recevoir d'application ; aucune des écoles qui fonctionnent actuellement n'a, en effet, reçu des pouvoirs publics l'investiture légale qui permettrait d'en rendre les cours obligatoires en vue de la dispense de stage prévue par l'art. 36 » [3].

Ainsi, jusqu'à nouvel ordre, les certificats ou diplômes délivrés par ces écoles ne vaudront qu'à titre de simples renseignements. En fait, par suite, la réduction du stage ne peut profiter qu'aux docteurs et aux licenciés en droit. Le Sénat, dans la séance du 14 mars 1899, a repoussé un amendement de M. Ratier, tendant à conférer le même avantage aux gradués en droit.

Il n'est pas douteux qu'à raison du caractère exceptionnel de la disposition de l'al. 2 de l'art. 36, aucun diplôme autre que ceux énumérés par la loi ne peut donner droit à la réduction. Il faudrait maintenir notre solution même dans le cas où il y aurait réunion de plusieurs autres diplômes [4].

(1) *Code des not. expliqué*, p. 431 *in fine* et 432.

(2) Circ. min. 16 août 1902, V. Levasseur, *op. cit.*, p. 11 et 19.

(3) V. le texte dans Levasseur, *op. cit.*, p. 9 *in fine* et 10. — V. pour des détails, Henry Moreau, *Les écoles du notariat et la loi du 12 août 1902*, dans la *Rev. polit. et parlem.*, 10e année, 1903, p. 286-384.

(4) *Code des not. expliqué*, p. 433.

Le candidat qui se prévaut de la disposition de l'al. 2 de l'art. 36 est tenu de justifier d'une année au moins de travail « en qualité de premier clerc ». En général — nous le savons — le temps de première cléricature doit être de deux ans. Ajoutons que peu importe la classe de l'étude où cette année unique a été accomplie. La loi n'exige pas ici, comme elle le fait pour les candidats qui ne bénéficient pas de la réduction, la justification d'une année de travail dans une étude d'une classe égale ou supérieure à celle de l'office à pourvoir. Il est probable que c'est le résultat d'une omission du législateur. Mais le texte du deuxième alinéa de l'art. 36, considéré en lui-même, est parfaitement clair, et il convient d'autant moins d'y sous-entendre la condition dont nous parlons qu'on peut la critiquer avec raison [1].

En terminant sur ce point, nous devons faire observer qu'il ne faut pas voir, dans la réduction de stage établie par le nouvel art. 36, un cas de *dispense,* bien que cette dernière expression se trouve dans la circulaire du 16 août 1902; cette réduction constitue un véritable droit, et non pas une faveur que le gouvernement serait libre d'accorder ou de refuser. Cela résulte du texte du nouvel art. 36, surtout si on le compare à celui du nouvel art. 37. Cela résulte aussi des travaux préparatoires : dans la séance du sénat du 14 mars 1899, M. Ratier proposa un amendement ainsi conçu : « Le temps de stage pourra n'être que de quatre années, *en vertu d'une dispense expresse,* si le candidat justifie du diplôme de docteur, etc... ». Or cet amendement, repoussé par la commission et par le gouvernement, ne fut même pas appuyé par son auteur [2].

2140. Le gouvernement, aux termes de l'ancien art. 42, pouvait dispenser de la justification du temps d'étude les individus qui avaient exercé des fonctions administratives ou judiciaires : « Cette disposition, avait expliqué Réal dans l'*Exposé des motifs,* est *essentiellement transitoire, et le gouvernement désire voir arriver promptement le moment où il*

(1) Chanson, *op. cit.*, p. 409; Levasseur, *op. cit.*, p. 43; *Code des not. expliqué,* p. 434.

(2) Chanson, *loc. cit.*, *Code des not. expliqué, loc. cit.*

en proposera l'abrogation ; mais il faudrait ignorer qu'il s'est fait une révolution en France pour contester la nécessité de cette mesure ; il faudrait surtout méconnaître avec quelle précaution, avec quelle prudence et avec quelle sagesse le Gouvernement fait ses choix, pour craindre que cette mesure fût, dans ses mains, la source d'aucun abus » (1).

Ainsi le conseiller d'Etat Réal présentait la disposition de l'ancien art. 42 comme *essentiellement transitoire.* Elle n'en est pas moins restée en vigueur pendant un siècle, et, plus d'une fois, la chancellerie, sous l'influence de recommandations puissantes, d'interventions politiques, a ouvert la carrière notariale à des aspirants qui ne possédaient point les connaissances théoriques et pratiques nécessaires. Au surplus, en tant qu'elle s'appliquait aux fonctionnaires de l'ordre administratif, cette disposition était particulièrement regrettable. C'est ce qu'avait très bien fait observer le Tribunat : « *On peut être un bon administrateur,* disait-il, *et ne pas connaître les premiers éléments de la science du notaire* » (2).

Peut-on dire qu'il fût sage d'admettre la possibilité de la dispense pour les préfets, sous-préfets, conseillers de préfecture, maires, adjoints? Et cependant tel était le système de la loi de ventôse ! On n'avait pas tardé à reconnaître qu'à cet égard une réforme était indispensable. Elle n'a été réalisée que par le nouvel art. 37, qui énumère limitativement les cas de dispense en indiquant les fonctionnaires et agents administratifs qui pourront seuls en profiter. De plus, il précise les conditions dans lesquelles la dispense pourra être accordée : « Les membres des tribunaux civils ou des cours (3), ayant au

(1) Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, XXXII, p. 581, col. 1, n. 15.

(2) Il ajoutait : « Etendre l'art. 42 à tous ceux qui ont administré, ce serait renverser le système de la loi. Tant de citoyens ont été administrateurs depuis plus de douze ans que presque tous les Français seraient dans le cas de la dispense; en sorte que ce qui serait l'exception, deviendrait, par le fait, règle générale..... » Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 173.

(3) Il faut entendre par là tous les magistrats du siège ou du parquet, titulaires ou suppléants, faisant partie des tribunaux civils, des cours d'appel ou de la cour de cassation. Chanson, *op. cit.*, p. 500, n. 33; Levasseur, *op. cit.*, p. 46; *Code des not. expliqué*, p. 437. — Mais la disposition du nouvel art. 37 ne concerne pas les juges de paix et leurs suppléants, les membres de la cour des comptes et du conseil d'Etat, ceux des tribunaux de commerce, des tribunaux administratifs et des conseils des prudhommes. Levasseur et *Code des not. expliqué, loc. cit.*

moins deux ans de fonctions [1], les avoués et les avocats [2] ayant au moins deux ans d'inscription au tableau [3], les receveurs et les agents supérieurs de l'administration de l'enregistrement [4], les greffiers en chef des cours et tribunaux civils [5], licenciés en droit, ayant exercé leurs fonctions pendant cinq ans au moins [6], pourront être admis aux fonctions de notaire en vertu d'une dispense expresse du garde des sceaux, en justifiant d'une année de stage dans une étude de notaire d'une classe égale à celle à laquelle aspire le candidat et après avoir subi avec succès l'examen prescrit par les art. 42 et 43 ci-après ». Les fonctionnaires et agents visés par ce texte n'ont pas un droit acquis à la dispense; ils sont admis simplement à solliciter une faveur que le gouvernement est toujours libre de leur refuser.

Si les candidats ne réunissent pas complètement les conditions exigées par le nouvel art. 37, le gouvernement doit

(1) C'est en produisant une expédition du procès-verbal de leur prestation de serment que ces magistrats justifieront de leurs deux années de fonctions. *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(2) La dispense n'est pas applicable aux agréés, même licenciés en droit, mais elle peut certainement être conférée aux avocats au conseil d'Etat et à la cour de cassation, *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(3) Les avocats stagiaires ne peuvent donc pas solliciter la dispense. Levasseur, *op. cit.*, p. 47; *Code des not. expliqué, loc. cit.* — Pour établir qu'ils ont deux ans au moins d'inscription au tableau, les avocats doivent fournir un certificat du conseil de l'ordre. — La loi n'exige pas que les avoués aient exercé leurs fonctions depuis un certain temps; ils doivent cependant produire une expédition du procès-verbal de leur prestation de serment. *Code des not. expliqué*, p. 438.

(4) Par exemple, les directeurs et administrateurs de l'enregistrement, du domaine et du timbre, les conservateurs des hypothèques, les inspecteurs, sous-inspecteurs et vérificateurs de l'enregistrement. — Il convient d'assimiler aux receveurs de l'enregistrement les receveurs des successions, les receveurs du timbre et les receveurs des domaines. Mais la dispense ne saurait être accordée aux simples surnuméraires de l'enregistrement, même lorsqu'ils ont remplacé par intérim le titulaire d'un emploi. — Les agents de l'enregistrement doivent fournir un certificat constatant la durée de leurs services et l'acceptation de leur démission. *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(5) Ne peuvent solliciter la dispense ni les commis-greffiers, même assermentés, des cours et tribunaux civils, ni les greffiers des tribunaux de commerce ou de justices de paix, ou leurs commis. Levasseur, *op. cit.*, p. 47; *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(6) Pour prouver qu'ils ont exercé leurs fonctions pendant cinq ans au moins, ces fonctionnaires sont tenus de produire une expédition du procès-verbal de leur prestation de serment. *Code des not. expliqué, loc. cit.*

nécessairement repousser leur demande : « Ma chancellerie, dit le garde des sceaux dans la circulaire du 16 août 1902, n'admettra *aucune* exception à ces dispositions qui devront être *rigoureusement* interprétées conformément au texte précis de la loi » (1).

Mais les personnes mentionnées dans le nouvel art. 37 pourraient solliciter la dispense alors même qu'elles auraient cessé leurs fonctions, pourvu toutefois que ce ne fût pas depuis longtemps et que, dans l'intervalle, elles ne se fussent pas livrées à des occupations étrangères au notariat (2).

L'aspirant qui fait une demande de cette nature doit, d'ailleurs, justifier d'une année de stage. La loi dispose formellement que cette année doit avoir été accomplie dans une étude d'une classe égale à celle de l'office à pourvoir. Cette condition, analogue à celle qui est exigée par l'al. 1 de l'art. 36, a été ajoutée par la commission du Sénat (3). Elle est en contradiction avec l'esprit de la nouvelle loi (4).

Remarquons enfin que les fonctionnaires admis à demander la dispense doivent, nonobstant la présomption de capacité qui sert de base à la disposition de l'art. 37, avoir subi avec succès l'examen professionnel avant de poser leur candidature.

2141. Il résultait de l'ancien art. 38 de la loi de ventôse qu'un notaire de troisième classe ne pouvait être investi d'un autre office que dans la classe immédiatement supérieure, s'il ne remplissait pas les conditions de stage exigées pour les notaires de première classe : « Cette prescription, explique M. Guérin dans son rapport, devait disparaître, puisque le projet impose les mêmes conditions de stage aux notaires de toutes classes » (5). Le législateur de 1902 dispose, en conséquence : « Le notaire en exercice n'aura besoin d'aucune nouvelle justification pour être admis à une place de

(1) V. Levasseur, *op. cit.*, p. 10.
(2) *Code des not. expliqué*, p. 439.
(3) Rapport préc. de M. Guérin, p. 621.
(4) Levasseur, *op. cit.*, p. 48; *Code des not. expliqué, loc. cit.* — V. *supra*, n. 2138 *in fine*.
(5) Rapport préc. de M. Guérin, p. 621.

notaire vacante, même dans une classe supérieure à celle à laquelle il appartient ». Art. 38. Pour que ce texte soit applicable, il ne suffit pas que le notaire ait été régulièrement nommé ; il faut, de plus, qu'il ait prêté serment, sans quoi on ne saurait le considérer comme étant « en exercice » [1].

M. le conseiller Chanson fait observer avec raison que la disposition du nouvel art. 38 donne le moyen d'éluder une des prescriptions relatives à la première cléricature, puisqu'un notaire de troisième classe, qui n'a été premier clerc que dans une étude équivalente, peut, immédiatement après sa nomination, devenir, sans nouvelle justification, titulaire d'un office de première classe [2].

2142. La loi du 12 août 1902 impose deux examens. Il faut avoir subi avec succès le premier pour être admis à prendre l'inscription de premier clerc, et le second, pour être investi des fonctions de notaire.

« Le grade de premier clerc devait notamment appeler l'attention du législateur et son obtention devait être subordonnée à des conditions particulières », dit fort justement la circulaire ministérielle du 16 août 1902. En général, c'est-à-dire toutes les fois qu'il n'existe pas, dans la charge, de principal clerc ou maître clerc non inscrit, c'est le premier clerc qui, en l'absence du patron, est appelé à diriger l'étude ; c'est lui qui reçoit les clients, qui leur donne des conseils et qui prépare les actes. Il faut, quand on remplit des fonctions aussi importantes, présenter de sérieuses garanties de capacité. C'est ce qui explique la disposition suivante : « Aucun aspirant au notariat ne pourra être admis à prendre l'inscription de premier clerc, s'il n'a préalablement subi avec succès, devant la Chambre dans le ressort de laquelle il travaille, un examen après lequel il sera déclaré apte à ces fonctions. — L'examen comprendra une épreuve écrite et une épreuve orale. La délibération motivée qui sera prise par la Chambre visera la capacité et la moralité du candidat ». Nouv. art. 41. Ni la loi de ventôse, ni l'ordonnance du 4 janvier 1843

(1) *Code des not. expliqué*, p. 440.
(2) *Op. cit.*, p. 590, n. 33.

n'avaient établi de condition spéciale pour l'obtention de l'inscription de premier clerc. Mais beaucoup de compagnies de notaires avaient décidé de la subordonner à un examen préalable, et l'art. 100 du règlement type proposé comme modèle aux Chambres de discipline par la circulaire ministérielle du 26 février 1891, recommandait aux notaires l'adoption de cette mesure. Aujourd'hui l'examen est devenu obligatoire, et l'inscription de premier clerc qu'on prendrait sans avoir satisfait à cette condition, serait dépourvue de tout effet (1).

Il n'existe pas pour cet examen de programme réglementaire. La Chambre a donc toute liberté dans le choix des sujets (2).

Il ressort des travaux préparatoires et il a été décidé par la chancellerie que cet examen ne donne pas lieu à la délivrance d'un diplôme et que l'aspirant ne peut pas réclamer de copie de la délibération. On a voulu éviter que le candidat, dont l'aptitude aux fonctions de premier clerc aura été reconnue, ne profitât de cette constatation pour fonder une agence d'affaires qui, souvent, aurait fait concurrence à l'étude où il a travaillé.

b. *Examen professionnel.*

2143. Sous l'empire de la loi de ventôse, l'aptitude aux fonctions notariales était d'ordinaire constatée par un examen (3). Mais ce procédé était facultatif pour la Chambre, qui appréciait souverainement, suivant les antécédents du candidat, s'il y avait lieu d'y recourir. En général, elle dispensait de l'examen les anciens notaires, sauf lorsqu'ils étaient sortis de charge depuis longtemps et qu'ils s'étaient livrés ensuite à des occupations d'un ordre tout différent (4). La circulaire du garde des sceaux, du 1er mars 1890, s'exprimait ainsi : « La loi n'indique point par quels moyens les Chambres devront s'assurer de la capacité des aspirants; le moyen le plus naturel et le plus ordinairement employé est

(1) Il convient toutefois d'admettre que l'inscription serait validée par un examen subi ensuite avec succès. *Code des not. expliqué*, p. 452.

(2) Chanson, *op. cit.*, n. 35, al. 2, *Code des not. expliqué*, p. 451.

(3) Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit, d'après l'ordonnance d'octobre 1535.

(4) Pradines, *Traité de l'admission au notariat*, n. 697 à 699.

l'examen; mais il n'est pas prescrit, et il existe, paraît-il, encore des compagnies où les candidats ne subissent aucune épreuve; d'autres où ils ne subissent qu'une épreuve de pure forme. Cette indifférence est coupable, lors même qu'elle n'est pas calculée. Il conviendrait que toutes les chambres soumissent à un examen *rigoureux* chaque candidat. Elles ne sauraient prendre trop de précautions pour s'assurer de la capacité de ceux qui aspirent à des fonctions si délicates, dans lesquelles on ne peut commettre la moindre faute, sans exposer sa propre responsabilité ou la fortune des clients. Si quelques chambres négligeaient encore cette partie de leurs fonctions, le ministère public ne manquerait pas de leur rappeler les obligations qui leur incombent » (1).

Aujourd'hui, la formalité de l'examen est devenue obligatoire. C'est là une des principales innovations de la loi du 12 août 1902 : « Aucun aspirant ne sera admis aux fonctions de notaire, s'il ne justifie avoir subi avec succès un examen professionnel », dit le nouvel art. 42, al. 2. Cette prescription est de rigueur. Elle s'adresse à tous les candidats (2), même aux anciens notaires qui postulent pour un autre office (3). Il résulte cependant de la disposition du nouvel art. 38 que les notaires *en exercice* qui demandent à être investis d'une charge de notaire vacante, même dans une classe supérieure, n'ont pas besoin de remplir cette formalité (4).

(1) D. P., 90. 4. 13, col. 1 (n. 9, g, al. 2); S., *Lois ann.*, 10e série, p. 796, col. 3.

(2) Doivent subir l'examen professionnel, même les candidats qui, par mesure transitoire, pendant un délai de deux ans, à partir de la promulgation de la loi du 12 août 1902, restent soumis, en ce qui regarde le stage, aux anciennes dispositions de la loi de ventôse. Art. transitoire, al. 2. — « L'examen professionnel, dit la circulaire du garde des sceaux, du 16 août 1902, devra être subi aussitôt après la promulgation de la loi, aussi bien par les candidats qui pourraient justifier d'un traité de cession antérieur à cette promulgation que par ceux qui ne seraient liés par aucun engagement de ce genre ». V. Levasseur, *op. cit.*, p. 12 *in fine*. — Quant aux aspirants ayant fait leur stage en Algérie, ils seront obligés de satisfaire à la même condition pour être nommés notaires en France (l. 12 août 1902, art. 2, al. 2).

(3) Circ. du garde des sceaux du 16 août 1902, dans Levasseur, *op. cit.*, p. 12 *in fine*. — Il en était ainsi en pratique antérieurement à la loi du 12 août 1902. V. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Certificat de moralité et de capacité*, n. 50; Loret, *Eléments de la science notariale*, p. 446; D., *Réperl. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 205. — Déc. min., 9 juin 1835, dans D., *loc. cit.*

(4) Mais le notaire en exercice n'est affranchi de l'examen que si, au moment

Les candidats ne sont admis à subir l'examen que s'ils justifient du temps de travail réglementaire. Cela résulte de ce que l'examen a pour but de vérifier s'ils ont profité de leurs années de stage [1]. Ils ne sont pas obligés d'établir au préalable qu'ils réunissent les autres conditions requises pour être investis d'un office de notaire, à savoir qu'ils jouissent de l'exercice des droits de citoyen, qu'ils ont satisfait aux lois sur le recrutement de l'armée et qu'ils sont âgés de 25 ans accomplis. Ce n'est pas, en effet, à la commission, mais bien au gouvernement, qu'il appartient de se prononcer sur les difficultés qui pourraient s'élever à ce sujet [2].

Un aspirant a, d'ailleurs, le droit de passer l'examen avant l'âge de 25 ans, car, si, au moment même où il atteint cet âge, il réunit les conditions voulues par la loi et s'il est devenu cessionnaire d'une charge, il peut être nommé notaire le premier jour de sa vingt-sixième année [3].

« L'examen, aux termes du nouvel art. 43 *in principio*, devra être passé avant tout traité de cession d'office ». Cette condition, dit l'exposé des motifs, est essentielle pour que le jury statue en pleine indépendance et sans préoccupation étrangère. Il eût été à craindre, notamment, que la commission ne reculât devant le préjudice qu'aurait fait subir au cédant l'ajournement du cessionnaire [4].

2144. « L'examen sera passé au chef-lieu du département dans lequel l'aspirant sera inscrit au stage ». Nouv. art. 42, al. 4. Cependant, si le candidat est un ancien notaire, il a, semble-t-il, le droit de se présenter à son choix au chef-lieu de son ancienne résidence ou au chef-lieu du département de son domicile. Mais, s'il travaille comme clerc dans une étude,

même où il démissionne, il postule pour une autre charge. Sa nomination et celle de son successeur doivent avoir lieu simultanément, *Code des not. expliqué*, p. 456 *in fine*.

[1] Levasseur, *op. cit.*, p. 54; *Code des not. expliqué*, p. 457.

[2] *Code des not. expliqué, loc. cit.*

[3] *Code des not. expliqué*, p. 457 *in fine*.

[4] *Exposé des motifs*, annexe n. 3, *Journ. off.* du 21 janvier 1897, p. 336. — La commission serait-elle dans la nécessité de repousser la demande d'un candidat qui se présenterait pour subir l'examen après s'être rendu cessionnaire d'un office? V. *Code des not. expliqué*, p. 448.

il doit subir l'examen au chef-lieu du département où il travaille [1].

Comment le jury doit-il être composé [2]? Le législateur de 1902 s'est efforcé de régler cette question de manière à assurer la sincérité et l'efficacité de l'examen [3]. Celui-ci doit être passé « devant une commission spéciale réunie sur la convocation du président de la chambre des notaires du chef-lieu, composée de cinq membres au moins et comprenant : — Le président ou le syndic de la chambre des notaires du chef-lieu du département, qui en aura la présidence et un ou plusieurs notaires délégués par chacune des chambres du département [4] ; — Et un agent supérieur de l'enregistrement désigné par la direction ». Nouv. art. 42, al. 4, 5 et 6. Ainsi le nombre des membres de la commission varie avec celui des arrondissements, mais il ne peut jamais être inférieur à cinq, et, par suite, dans les départements qui ne possèdent que deux ou trois arrondissements, il convient que chaque chambre délègue deux membres. Toutefois la chambre du chef-lieu du département ne doit en désigner qu'un seul, car son président fait de droit partie de la commission qu'il préside [5].

« A Paris, la chambre des notaires fera fonction de commission spéciale ; il lui sera adjoint un agent supérieur de l'enregistrement désigné par le directeur Il en sera de même dans les départements où il n'existerait qu'une seule chambre de notaires ». Nouv. art. 43, al. 2 et 3.

(1) *Code des not. expliqué*, p. 458.

(2) V. sur la durée du mandat des commissions, sur la date et les conditions de leur réunion, *Code des not. expliqué*, p. 460-461. « La commission d'examen, dit la circulaire du 16 août 1902, peut être réunie à toute époque de l'année, s'il y a urgence, sur la convocation de son président ; mais il semble qu'il conviendrait, sans préjudice des sessions extraordinaires, d'instituer des sessions ordinaires et trimestrielles qui pourraient avoir lieu chaque année dans la première quinzaine des mois de janvier, avril, juillet et octobre ». Levasseur, *op. cit.*, p. 11 *in fine*.

(3) Rapport précité de M. Guérin, p. 621.

(4) Les chambres peuvent prendre leurs délégués non seulement parmi leurs membres, mais aussi parmi les notaires en exercice ou même parmi les notaires honoraires qui font partie de la compagnie. Elles peuvent également nommer un ou plusieurs délégués suppléants. *Code des not. expliqué*, p. 459.

(5) Rapport précité de M. Guérin, p. 621 ; Circul. garde des sceaux du 16 août 1902. V. Levasseur, *op. cit.*, p. 12.

Cette dernière exception concerne le Haut-Rhin, qui comprend seulement l'arrondissement de Belfort.

2145. Quelle est la nature de l'examen professionnel? « Cet examen, répond le troisième al. de l'art. 42, comprendra deux épreuves : l'une écrite, dans laquelle l'aspirant rédigera aux moins deux formules d'actes; l'autre orale, qui portera sur l'ensemble des connaissances juridiques nécessaires à l'exercice du notariat », c'est-à-dire droit civil et fiscal, droit commercial, procédure, organisation et pratique notariales [1]. Et, comme nouvelle garantie de l'impartialité des juges, l'al. 4 du même article ajoute : « Les épreuves orales seront subies publiquement » [2].

Le nombre d'heures accordées au candidat pour l'épreuve écrite sera fixé par la commission [3].

2146. Le législateur ne veut pas que le candidat qui réussit à l'examen puisse s'en prévaloir pour créer une agence d'affaires et nuire ainsi à l'étude où il a été clerc [4]. Aussi l'al. 1 du nouvel art. 43 dispose-t-il que « le diplôme d'aptitude ne sera délivré par le secrétariat de la chambre dépositaire du rapport de la commission d'examen qu'au moment de la confection, par le Parquet, du dossier de présentation du candidat ».

Quant à l'aspirant ajourné, il convenait qu'il n'eût pas le droit de passer un autre examen avant d'avoir eu le temps d'augmenter ses connaissances théoriques et pratiques. L'al. 4 du nouvel art. 43 décide, en conséquence, que « tout candidat dont l'insuffisance aura été constatée dans l'une et l'autre des deux épreuves sera ajourné et ne pourra subir un nouvel examen avant le délai d'un an » [5]. D'après un auteur, s'il

[1] Circ. garde des sceaux du 16 août 1902, dans Levasseur, *op. cit.*, p. 11.

[2] « Et, par suite, dit la circulaire du garde des sceaux du 16 août 1902, elles devront être annoncées au moins huit jours d'avance par une affiche à la porte extérieure du local de la chambre et par une insertion dans un des journaux chargés des annonces légales ». V. Levasseur, *loc. cit.*

[3] *Code des not. expliqué*, p. 461.

[4] *Code des not. expliqué*, p. 462 *in fine* et p. 463.

[5] La commission doit, par conséquent, s'il est inscrit comme clerc dans le département depuis moins d'un an, s'assurer qu'il n'a pas été examiné par un autre jury dans le courant de l'année. *Code des not. expliqué*, p. 462; Levasseur, *op. cit.*, p. 55.

résulte de cette disposition que l'aspirant malheureux ne peut pas exiger un nouvel examen avant l'expiration du temps fixé par la loi, il ne s'ensuit point que la commission ne puisse pas, s'il fait valoir des raisons sérieuses à l'appui de sa demande, consentir à lui faire subir plus tôt d'autres épreuves (1). Mais les termes absolus de l'al. 4 du nouvel art. 43 nous paraissent exclure cette interprétation.

La loi de 1902 établit, au profit des bourses communes, des droits d'inscription et d'examen. Nouv. art. 44, al. 1 (2).

N° 2. Nomination.

2147. Il a été toujours reconnu en France que le droit d'instituer les notaires n'appartient qu'au souverain. Sous l'empire de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791, c'était le roi qui conférait la commission aux candidats inscrits sur le tableau par les juges du concours (tit. IV, art. 1, 2, et 17). « Les actes des notaires, disait le tribun Jaubert, doivent avoir le même caractère d'authenticité qui est attaché aux actes de l'autorité publique. Les fonctions des notaires sont donc une émanation de l'autorité publique; de là la conséquence que les notaires doivent être institués et librement nommés par le chef de l'autorité publique » (3). La loi de ventôse a consacré le même principe : « Les notaires seront nommés par le premier consul, et obtiendront de lui une commission qui énoncera le lieu fixe de leur résidence ». Art. 45 (4).

Le gouvernement exerce son droit de nomination soit sur la présentation du titulaire ou de ses héritiers, soit d'office.

La nomination est proposée par le garde des sceaux au chef de l'État, qui, après avoir pris connaissance des renseignements exigés par la loi, l'accorde ou la refuse à sa conve-

(1) *Code des not. expliqué*, p. 462.

(2) V. pour les détails, *Code des not. expliqué*, p. 463 *in fine*, 464 à 466; Levasseur, *op. cit.*, p. 55-56.

(3) Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notarial*, XXXII, p. 583, col. 2, n. 42.

(4) La loi constitutionnelle du 25 février 1875 dit en termes généraux que le Président de la République « nomme à *tous* les emplois civils et militaires », art. 3, al. 3. — Comp. Charte 1814, art. 14; Charte 1830, art. 13; Constitution 1848, art. 6; Const. 14 janvier 1852, art. 64.

nance. Cette mesure constitue un acte de haute administration et, par suite, n'est susceptible d'aucun recours [1].

La nomination, comme pour tous les autres fonctionnaires qui sont nommés par le chef de l'Etat, fait l'objet d'un décret. Celui-ci, qui détermine le lieu fixe de la résidence, n'attribue que le titre à l'office; la réception et l'installation demeurent donc nécessaires pour compléter, chez le titulaire nouvellement pourvu, le caractère d'officier public [2].

L'art. 46 ajoute : « Les commissions de notaire seront, dans leur intitulé, adressées au tribunal de première instance dans le ressort duquel le pourvu aura sa résidence ». Mais, dans la pratique, le décret remplace la *commission* dont la délivrance est prescrite par l'art. 45 *in fine :* « Le terme de *commission,* dit très exactement Rolland de Villargues, ne s'est jamais employé que pour désigner une fonction temporaire ou révocable : aussi on était loin, dans l'ancienne jurisprudence, de se servir d'une pareille expression. L'expression employée était celle de *provisions*. Le roi ne délivrait que des lettres de provisions, c'est-à-dire qu'il se bornait à pourvoir d'un office de notaire la personne qui lui était désignée ou présentée par le titulaire ou propriétaire de cet office » [3]. Depuis la mise en vigueur de la loi de ventôse, l'ampliation de l'ordonnance ou du décret de nomination a toujours été considérée comme suffisante pour faire admettre le pourvu à la prestation de serment; elle est, en conséquence, adressée par le ministre de la justice au procureur général près la cour à laquelle ressortit le tribunal de la résidence du nouveau titulaire, et elle est ensuite transmise par ce magistrat au procureur de la République près ce tribunal. Après quoi elle est déposée au

[1] Cons. d'Et., 28 août 1822, S. chr., VII, 2. 121; 9 mai 1838, S., 39. 2. 126. — V. dans ce sens notamment Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 39 (II, n. 609); *Code des not. expliqué*, p. 467. — Un notaire est donc sans qualité pour attaquer devant le Conseil d'Etat un décret nommant un autre notaire, notamment par le motif que celui-ci n'aurait pas justifié des conditions d'aptitude et n'aurait pas rempli les formalités exigées par la loi. — Cons. d'Et., 7 juillet 1863, S., 64. 2. 23.

[2] L'ordonnance qui porte nomination d'un notaire reste donc sans effet si l'impétrant refuse de se faire installer, et il peut refuser cette nomination, sauf l'action en dommages-intérêts qui peut être formée contre lui. Déc. minist. du 18 juillet 1836, *Journ. des not.*, art. 3414.

[3] *Op. cit.*, v° *Notaire*, n. 214 (VI, p. 364).

greffe où l'impétrant doit s'en faire délivrer une copie par le greffier. La chancellerie ne délivre pas de copie du décret [1].

Les pièces que le candidat doit produire pour obtenir sa nomination sont fort nombreuses. On en trouvera la liste dans l'*Annexe* de la circulaire du 16 août 1902 [2].

2148. Le candidat n'a pas le caractère d'officier public dès qu'il a été nommé. Il faut encore qu'il prête serment : « Dans les deux mois de sa nomination et à peine de déchéance, le pourvu sera tenu de prêter à l'audience du tribunal, auquel la commission aura été adressée, le serment que la loi exige de tout fonctionnaire public, ainsi que celui de remplir ses fonctions avec exactitude et probité ». Art. 47, al. 1 [3].

La prestation de serment constitue la *réception* du notaire. Il ne faut pas confondre celle-ci avec l'*installation*, c'est-à-dire la mise en possession de l'office. Ce sont là deux formalités qu'on a toujours distinguées [4]. D'après une décision ministérielle du 18 juillet 1835, la déchéance est encourue de plein droit, si la prestation de serment n'a pas eu lieu dans les deux mois de la nomination [5]. Mais, aux termes d'une circulaire du ministre de la justice, du 29 mai 1837,

(1) Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 40 (II, p. 609); Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 227; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Répert. gén. alph. du dr. franç.*, v° *Notaire*, n. 108, *Code des not. expliqué*, p. 470.

(2) Pour déterminer quelles sont les pièces à fournir, il faut distinguer le cas où il y a cession d'office et celui où il y a suppression d'office. — V. ladite annexe dans Levasseur, *op. cit.*, p. 19-20. — V. aussi *Code des not. expliqué*, p. 468-470.

(3) V. pour la formule de ce serment, *Code des not. expliqué*, p. 473.

(4) « ... Après la provision, il faut encore passer par la réception solennelle, qui est celle qui lui transfère la puissance publique et l'ordre et le caractère d'officier. — Comme donc la provision met l'office entre les mains du pourvu, aussi la réception le joint et applique directement à sa personne : celle-là le fait seigneur de l'office, et celle-ci le fait officier; celle-là lui en attribue le droit et la disposition, celle-ci l'effet et l'exercice; celle-là le titre et la seigneurie, celle-ci la qualité et le rang ». Loyseau, *Des offices*, liv. I, ch. II, n. 41 et 42 (*Œuvres*, Paris, 1666, p. 17). — Plus loin, cet auteur explique que la réception consiste dans la prestation de serment. Liv. I, ch. IV, n. 67 et 68 (même édit., p. 38). — Enfin, plus loin encore, Loyseau s'exprime ainsi : « Ce serment étant prêté, voilà l'officier reçu et désormais fait personne publique ayant toute la puissance qui dépend de son office ». Liv. I, ch. IV, n. 92 (même édit., p. 40).

(5) *Code des not. expliqué*, p. 472.

et d'une décision du même ministre, du 25 septembre 1843, le candidat peut, même après l'expiration de ce délai, être admis à prêter serment, s'il établit que le retard ne lui est pas imputable [1]. De plus, dans l'usage, la déchéance, qui a le caractère pénal, n'est jamais prononcée : lorsque le candidat ne sollicite pas sa réception ou lorsqu'il refuse formellement de profiter de sa nomination, ce fait n'a pas d'autre conséquence que l'annulation du décret. Seulement, en pareil cas, le candidat ne peut ni présenter un successeur, ni concourir à cette présentation. L'ancien titulaire seul peut exercer ce droit, car il n'a pas été remplacé [2].

La prestation de serment est imposée non seulement au candidat qui est investi pour la première fois des fonctions notariales et à celui qui, après avoir cessé lesdites fonctions, redevient titulaire d'un office, mais encore au notaire qui change de classe [3] ou simplement de ressort, et peu importe que ce changement résulte d'un décret qui opère un transfert de résidence ou d'une loi qui modifie une circonscription cantonale [4]. Mais, lorsqu'un notaire se borne à changer de résidence, en restant dans le même ressort, il n'est pas tenu à une nouvelle prestation de serment [5].

Le nouveau notaire « n'aura le droit d'exercer qu'à compter du jour où il aura prêté serment ». Art. 48 [6]. Jusque-là, en effet, il ne sera pas investi de ses fonctions, et le droit d'instrumenter appartiendra toujours à l'ancien titulaire. Cette règle est absolue, et, par conséquent, un candidat ne peut,

(1) Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, v° *Notaire*, n. 124; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 45, al. 2.

(2) *Code des not. expliqué*, p. 472 *in fine*.

(3) Trib. Ribérac, 22 juin 1881, S., 82. 2. 143, *Journ. des not.*, art. 22558.

(4) Déc. min. Just., 28 déc. 1838.

(5) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Résidence*, n. 70 (VIII, p. 348); *Dict. du not., eod.* v°, n. 136; Le Poittevin, *Dict. des parquets*, v° *Cessions d'offices*, n. 9.

(6) D'après une circulaire du procureur général près la cour de Paris, du 15 mars 1855, le procureur de la République doit, le lendemain du jour où le serment a été prêté par le nouveau notaire, informer le procureur général par une lettre où il lui fait connaître la date de la prestation de serment, les nom et prénoms de cet officier ministériel, le nom de son prédécesseur immédiat; mais il n'est pas besoin d'envoyer une copie du procès-verbal de prestation de serment. *Code des not. expliqué*, p. 482.

en aucune circonstance, commencer à exercer avant d'avoir prêté serment. Les actes reçus par lui au mépris de cette disposition seraient nécessairement nuls comme actes authentiques. Le contrevenant pourrait, de plus, être puni d'une amende de 16 à 150 fr. Art. 196 C. pén.

Avant de pouvoir remplir la formalité dont nous parlons, le candidat doit satisfaire à certaines conditions : « Il ne sera admis à prêter serment, dit l'al. 2 de l'art. 47, qu'en représentant l'original de la commission et la quittance du versement de son cautionnement ». En fait (cela résulte de nos précédentes explications), on n'exige pas la représentation de l'original de la commission. Il est d'usage de considérer comme suffisante l'ampliation du décret de nomination déposée au greffe du tribunal devant lequel le notaire prête serment.

Le candidat ne pouvant être admis à la prestation de serment que sur la justification du versement de son cautionnement, le procureur de la République doit se faire remettre le récépissé délivré par la trésorerie. Il l'adresse au ministère des Finances (Direction de la dette inscrite) pour le faire échanger contre un certificat d'inscription définitive, qui est remis au nouveau notaire par son intermédiaire et contre récépissé.

Après avoir prêté serment, le pourvu doit remplir une formalité complémentaire : « Il sera tenu de faire enregistrer le procès-verbal de prestation de serment au secrétariat de la municipalité du lieu où il devra résider et aux greffes de tous les tribunaux dans le ressort desquels il doit exercer ». Art. 47, al. 3. Toutefois, cette prescription n'est accompagnée d'aucune sanction. Aussi croyons-nous qu'on ne peut pas demander le remplacement du notaire qui ne s'y est pas soumis [1].

2149. Pour que les nouveaux notaires puissent exercer leur ministère, il ne suffit pas qu'ils aient fait enregistrer le procès-verbal de leur prestation de serment : « Avant d'entrer en fonctions, dit l'art. 49, les notaires devront déposer

[1] Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Installation*, n. 11 ; *Code des not. expliqué*, p. 471.

au greffe de chaque tribunal de première instance de leur département et au secrétariat de la municipalité de leur résidence leur signature et paraphe. Les notaires à la résidence des tribunaux d'appel feront, en outre, ce dépôt au greffe des autres tribunaux de première instance du ressort » (1).

Le but de cette disposition est de faire connaître légalement la signature des notaires et de donner au juge le moyen de la légaliser avec connaissance de cause sur les actes notariés qui doivent être exécutés hors de leur ressort. La mesure dont nous parlons était déjà imposée par l'ordonnance du mois de juillet 1304, contenant règlement pour les tabellions et notaires, et dont l'art. 18 disposait que leurs signatures seraient registrées dans chaque cour de justice (2). On la retrouve dans l'ordonnance de 1535, ch. XIX, art. 2 : « Que le serment presté comme dit est, ils seront receus et inscrits en la matricule dudit lieu qui sera ordonné et député à ce, et y sera mis le jour de la réception d'un chacun, qui sera tenu de mettre son nom, surnom et seing manuel de quoy il entend soy ayder, le lieu dont il est, et en quel lieu, et pour quel lieu il est créé notaire, dès quel temps, par qui, et comme, le jour de la réception d'iceluy : lequel nom dès iceluy temps il ne pourra changer ne muer » (3). Cette mesure passa dans la loi des 29 septembre-6 octobre 1791. L'art. 19 du titre IV de cette loi était ainsi conçu : « Dans le procès-verbal de ladite prestation de serment, le notaire public reçu consignera les signatures et paraphe dont il entend se servir dans l'exercice de ses fonctions et il ne pourra en employer d'autres à peine de faux » (4).

(1) Les notaires ne sont pas obligés d'effectuer ce dépôt en personne. Rien ne s'oppose à ce qu'ils le fassent adresser soit par l'intermédiaire du secrétaire de la chambre de discipline, après certification de la sincérité de la signature par le président ou le syndic, soit par le procureur de la République de leur ressort. Circ. min. Just., 6 nov. 1861.

(2) « *Omnium tabellionum, seu notariorum nomina et signa in curiâ nostrâ volumus registrari, et registra fideliter custodiri, et etiam in quâlibet senescalliâ, apud curiam ipsius senescalliæ notariorum nomina et signa ibi registrata teneri, ne de ipsis, vel earum autoritate possit dubitatio suboriri* ». Isambert, *Les anc. lois franç.*, II, p. 828.

(3) Isambert, *op. cit.*, XII, p. 482.

(4) Sirey, *Lois ann.*, 1789-1830, p. 175, col. 3.

On remarquera que, dans le système de la loi de ventôse, la mesure dont nous parlons est devenue beaucoup plus efficace. Il ne suffit plus, comme sous l'empire de la loi de 1791, que la signature et le paraphe aient été consignés dans le procès-verbal de prestation de serment; il doit en être fait un dépôt multiple, qui permet beaucoup mieux aux juges de vérifier les signatures et paraphes apposés au bas des actes notariés.

La loi dit que le dépôt doit être effectué avant l'entrée en fonctions. Mais, à ce sujet, elle ne fixe aucun délai et ne prononce aucune déchéance. Il est sûr que la formalité dont il s'agit doit être remplie le plus tôt possible [1]; mais la loi n'attachant à l'obligation du dépôt aucune sanction spéciale, le notaire qui n'a pas accompli cette formalité ne peut encourir que des peines disciplinaires [2].

La loi du 2 mai 1861, après avoir autorisé les juges de paix qui ne siègent pas au chef-lieu du ressort d'un tribunal de première instance, à légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les signatures des notaires qui résident dans leur canton, dispose, dans son art. 2, que les notaires déposeront leurs signatures et leurs paraphes au greffe de la justice de paix où la légalisation peut être donnée [3].

2150. Un notaire ne peut rien changer à sa signature ou à son paraphe après en avoir effectué le dépôt. Telle était la dis-

[1] « Sans tenir strictement, dit une circulaire du ministre de la Justice, du 6 novembre 1821, à ce que le dépôt soit effectué avant l'entrée en fonctions, il est bon cependant de veiller à ce qu'il se fasse dans le plus court délai possible et surtout à ce qu'un notaire n'instrumente pas dans le ressort d'un tribunal où ses signature et paraphe n'auraient pas encore été déposés ». V. D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 219, texte et note 1 (XXXII, p. 635).

[2] Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Parafe;* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Installation*, n. 9; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 48 (II, p. 610); D., *op.* et v° *cit.*, n. 219; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 133; *Code des notaires expliqué*, p. 483 *in fine* et 484.

[3] C'est sur papier au timbre de 60 centimes que les notaires doivent apposer leur signature et leur paraphe pour en faire le dépôt au greffe de la justice de paix conformément à la loi du 2 mai 1861. Les dépôts de signatures doivent avoir lieu séparément et par feuilles distinctes ; les actes qui les constatent sont portés, sans perception de droit d'enregistrement ni de greffe, sur un registre spécial ouvert au greffe de chaque justice de paix, formé de papier non timbré et coté par le juge de paix. Ce magistrat peut, nonobstant l'omission du dépôt, légaliser la signature d'un notaire de son ressort. Instr. de la régie du 14 août 1861. Circ. min. just., 9 sept. 1861.

position formelle de l'ordonnance de 1535 : « *Lequel nom dès icelui temps il ne pourra changer ne muer* ». La loi de 1791 reproduisait cette prohibition et interdisait le changement « *à peine de faux* ». Il en était de même du projet de loi de ventôse, qui, de plus, prononçait accessoirement l'amende, la suspension et la destitution en cas de récidive. Mais le Tribunat supprima la disposition qui établissait toutes ces peines. Aujourd'hui, par conséquent, il n'y a pas de texte spécial qui attache une sanction à la prohibition. Néanmoins le notaire qui apporterait un changement à sa signature ou à son paraphe dans une intention criminelle, encourrait la peine de faux [1].

Il est des circonstances où un notaire se trouve dans la nécessité de changer sa signature, par exemple lorsque son écriture a été modifiée par une infirmité ou par un accident, lorsqu'il a obtenu l'autorisation de changer de nom. Il peut alors se faire autoriser soit à modifier sa signature, soit à en adopter une autre. Mais il sera tenu d'effectuer un nouveau dépôt aux lieux déterminés par l'art. 49. Il y a, en effet, même motif de décider que pour le premier dépôt [2].

II. *Obligations légales des notaires.*

2151. Des devoirs moraux de la plus haute importance incombent aux notaires. C'est ainsi que ces officiers publics doivent s'appliquer à augmenter sans cesse leurs connaissances juridiques et leur expérience des affaires, et qu'ils sont tenus, dans leurs rapports avec leurs clients, de faire preuve de prudence et de désintéressement.

Nous n'avons pas à nous occuper des devoirs de cette nature, mais seulement de ceux qui ont reçu la consécration légale.

Nous avons déjà vu, d'ailleurs, plusieurs des nombreuses obligations qui dérivent, pour les notaires, des lois ou des règlements, notamment l'obligation de la résidence, celle de

(1) D., *op.* et v° *cit.*, n. 220; *Code des not. expliqué*, p. 485.

(2) D., *op.* et v° *cit.*, n. 221; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 134; *Code des not. expliqué, loc. cit.*

ne pas exercer leurs fonctions hors de leur ressort, celle de prêter serment, etc. Nous aurons plus tard l'occasion d'en rencontrer quelques autres. Mais il nous faut actuellement en étudier trois qui, à raison de leur caractère général, méritent qu'on leur fasse une place à part.

Nos explications vont porter sur les points suivants : ministère obligatoire, secret professionnel, devoir d'éclairer les parties.

A. *Ministère obligatoire.*

2152. Le ministère des notaires est obligatoire : « Ils sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis », dit l'article 3 de la loi de ventôse. Ce devoir est une conséquence forcée de leur qualité d'officiers publics [1]. Il s'ensuit qu'en principe, lorsqu'ils refusent d'obtempérer à une pareille réquisition, ils sont passibles de peines disciplinaires, c'est-à-dire, d'après une circulaire du ministre de la Justice, du 28 ventôse an XIII, de la suspension et même de la destitution. Ils peuvent, en outre, par application de l'art. 1382, si leur refus cause un préjudice aux parties, être condamnés à des dommages-intérêts.

Mais, bien que la loi n'apporte pas formellement d'exception à ce principe [2], il en comporte un assez grand nombre. Ici, d'ailleurs, il faut faire une distinction : dans certains cas, le notaire doit refuser son ministère ; dans d'autres, il peut le refuser, mais c'est pour lui une faculté.

[1] Cailly, rapporteur d'une commission chargée d'examiner un projet de résolution sur le notariat, s'est ainsi exprimé au Conseil des Anciens, dans la séance du 12 prairial an VII : « Le ministère du notariat est un *ministère nécessaire;* il ne peut le refuser lorsqu'il en est requis, et ce serait aller contre le principe de la matière que de lui laisser la liberté du refus. S'il participe aux fonctions d'une honorable magistrature, son temps et ses facultés appartiennent à tous ses concitoyens et à tous ceux qui ont besoin de son ministère. Comme le juge se doit tout à l'administration de la justice, le notaire se doit tout entier aux fonctions que la loi lui délègue; elle devait donc le rendre garant d'un refus déplacé ». — V. aussi Chassanée, sur la *Cout. de Bourgogne*, p. 257, n. 48 ; Ferrière, *Parfait notaire*, liv. 1, ch. XVI.

[2] La loi des 20 septembre-6 octobre 1791 ajoutait : « *A moins d'empêchement légitime* » (tit. I, sect. 2, art. 6). Lors de la discussion de la loi de l'an XI au Conseil d'Etat, on proposa de reproduire cette restriction. Mais elle fut écartée comme inutile. Gagneraux, *op. cit.*, I, p. 50, n. 1. — V. D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 281.

a. *Refus obligatoire.*

2153. 1° Le notaire doit refuser son ministère quand le nom, l'état et la demeure des parties ne sont pas connus de lui et qu'ils ne sont pas attestés dans l'acte par deux personnes ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires. L. ventôse, art. 11. Le notaire répond, en effet, de l'identité des parties. Le législateur a voulu prévenir les faux par substitution de personne. Le notaire qui a négligé de faire attester l'individualité des parties dans les conditions indiquées par la loi, peut encourir la suspension et même la destitution (1) sans préjudice des dommages-intérêts;

2° Le refus est encore obligatoire toutes les fois que l'acte qu'il s'agit de passer serait ou radicalement nul ou même simplement annulable et que, par conséquent, la responsabilité du notaire serait engagée. Il en est ainsi, notamment en ce qui regarde (2) :

α. Toutes les conventions contraires aux lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Un notaire ne peut donc pas recevoir un acte de prêt dans lequel, à sa connaissance, il est stipulé un intérêt usuraire (3), ou encore un acte qu'il sait avoir pour but d'éluder les conditions de remploi imposées par un contrat de mariage contenant stipulation de régime dotal (4).

β. Les actes qui renfermeraient des imputations injurieuses ou diffamatoires soit à l'adresse de l'une des parties, soit à l'adresse d'un tiers. Ainsi l'avait déjà décidé un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 5 février 1704 (5). La même solution doit certainement être admise aujourd'hui, car, si le notaire recevait de pareils actes, il se rendrait complice d'un délit (6).

(1) Turin, 13 janvier 1813, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 774. — Poitiers, 21 mai 1823, S. chr., VII, 2. 217, col. 1, D., *op.* et v° *cit.*, n. 774 (XXXII, p. 749, note 1).

(2) V., pour un tableau très détaillé des divers cas qui peuvent se présenter, Amiand, *op. cit.*, v° *Notaires*, n. 87-91.

(3) Caen, 15 déc. 1828, S. chr., IX, 2. 171, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 297-2° (XXXII, p. 651, note 1).

(4) Req., 23 mai 1892, S., 92. 1. 399, D. P., 92. 1. 529.

(5) Cité par Gagneraux, *op. cit.*, n. 3-1°.

(6) Rennes, 14 fév. 1842, S., 42. 2. 395; D. *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 329.

γ. Les actes que veulent passer des parties qui n'ont pas qualité à cet effet, par exemple des mineurs, des femmes non habilitées, des tuteurs n'ayant pas obtenu l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal, etc.

Il va sans dire que le notaire doit refuser d'instrumenter sur la réquisition d'un individu qui, se prétendant mandataire par écrit d'une certaine personne et comparaissant en cette qualité, ne justifie pas de ses pouvoirs (1).

δ. Les actes où l'on voudrait faire figurer des personnes qui ne pourraient pas manifester librement leur volonté, notamment des personnes qui, notoirement, ne sont pas saines d'esprit ou qui sont en état d'ivresse (2).

b. *Refus facultatif.*

2154. Les notaires peuvent refuser leur ministère :

1° En cas d'empêchement légitime, notamment quand une maladie, une infirmité, un accident, une absence ou un travail qui ne saurait être différé les met dans l'impossibilité de se rendre à la réquisition des parties. On ne saurait, en effet, en pareil cas, leur adresser aucun reproche : à l'impossible nul n'est tenu (3).

2° Quand ils sont requis un jour de dimanche ou de fête légale, ces jours étant fixés pour le repos des fonctionnaires. Art. 57 l. 18 germinal an X (4).

A notre avis, les notaires ont, en principe, la même faculté quand ils sont requis à une heure indue. Il en est toutefois autrement s'il y a nécessité absolue ou danger immédiat, ce

(1) Rolland de Villargues, v° *Notaire*, n. 257. — *A fortiori*, en est-il de même s'il est de notoriété publique que la procuration a été révoquée. — Alger, 17 avril 1833, D. *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 406.

(2) Circ. min. de la Just., 17 mai 1824, Gagneraux, *op. cit.*, n. 3-4°. — Colmar, 27 août 1819, D. *Répert. alph.*, v° *Obligations*, n. 348-1°.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 391 (même édit., VI, p. 394); Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, n. 232; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 92-a (même édit., II, p. 63); Bastiné, *op. cit.*, n. 72.

(4) Rutgeerts, *op. cit.*, I, p. 396. — Cf. Eloy, I, n. 591; Loret, *op. cit.*, I, p. 168; *Dict. du not.*, v° *Notaire*, n. 580; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 393 et 395; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 92 *b.*; Bastiné, *op. cit.*, n. 72; E. Clerc, *op. cit.*, I, 287; Gagneraux, *op. cit.*, I, p. 153.

qui ne peut guère se produire que lorsqu'ils sont mandés pour recevoir un testament [1].

3° Quand les parties ne consignent pas d'avance entre leurs mains le montant des droits d'enregistrement de l'acte qu'il s'agit de passer. Les notaires, en effet, sont personnellement responsables du paiement de ces droits. L. 22 frimaire an VII, art. 29, al. 1 et 2 [2].

2155. On se demande si un notaire peut refuser de rédiger un acte conformément à un projet que les parties prétendent lui imposer. On soutient, dans une première opinion, que le notaire, étant responsable de son œuvre, doit pouvoir rédiger l'acte comme il l'entend, et que, par suite, son refus est légitime [3]. Mais plusieurs auteurs répondent que les parties sont libres de formuler elles-mêmes leurs conventions et de ne recourir au notaire que pour obtenir l'authenticité, sauf à lui à constater dans l'acte que celui-ci est conforme à l'écrit remis par les contractants. Nous croyons qu'en effet, dans notre hypothèse, le notaire est tenu d'instrumenter, pourvu, toutefois, qu'il se soit assuré que le projet présenté n'est nullement contraire aux lois ni aux bonnes mœurs et qu'il exprime d'une façon exacte et complète la volonté des parties. Mais, si ce projet contenait quelque clause illicite ou susceptible d'engager la responsabilité du notaire, le refus serait fondé [4].

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 397. — Cpr. E. Clerc, *op. cit.*, I, n. 286 ; Fabvier-Coulomb, *op. cit.*, p. 19 ; *Dict. du not.*, v° *Notaire*, n. 577 ; Génébrier, *op. cit.*, p. 178 ; Eloy, *op. cit.*, I, n. 60; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, p. 389 ; Amiaud, *op. cit.*, v° *Notaire*, n. 92 *c*.

(2) Eloy, *op. cit.*, I, n. 64; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 462 ; *Dict. du not.*, *eod.* v°, n. 581 ; Loret, *op. cit.*, I, p. 167 : Fabvier-Coulomb, *op. cit.*, p. 19, note 13 ; Gagneraux, *op. cit.*, I, p. 152 ; Génébrier, *op. cit.*, p. 178 ; Grelleau, *Loi not.*, n. 41 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, I, p. 396 et 772 : Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 92 *d*. — Gand, 9 décembre 1882.

(3) Lansel, *Rev. du not.*, n. 4517, XV, p. 84.

(4) Despret, *Rev. prat. du not. belge*, 1878, p. 661 s., et *Journ. du not.*, 1878, n. 3100; Jean, *Cas dans lesquels le notaire peut ou doit refuser son ministère, Projets d'actes rédigés et remis par les parties*, *Rev. du not.*, n. 5639, XIX, p. 563-567 : Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 93; Bauby, *op. cit.*, p. 49-50. — Cpr. Gand, 26 mai 1877, *Rev. du not.*, n. 5614, XIX, p. 456; Walquenart, *op. cit.*, p. 127-128.

B. *Secret professionnel.*

2156. Les notaires, à raison de la nature même de leur profession, reçoivent les confidences de leurs clients. Ils se trouvent, par la force des choses, renseignés sur l'état de leur fortune, sur leurs embarras pécuniaires. Une indiscrétion de leur part pourrait souvent compromettre de la façon la plus grave la situation des parties, leur honneur, leur crédit. Aussi le secret leur est-il imposé. C'est là une nécessité : « Le secret, disait Cailly dans son rapport au Conseil des Anciens, est *de l'essence* des fonctions du notaire. C'est de lui que dépend souvent le bonheur et la paix des familles ». La même idée avait été exprimée en termes fort nets par nos anciens auteurs : « La conséquence du secret de plusieurs actes qui se passent par devant notaires, disait Domat, leur fait un devoir de garder inviolablement la foi du secret, *non seulement de ce qui se passe entre les parties avant que les actes soient signés, mais aussi des actes eux-mêmes, quand ils sont parfaits;* car si les notaires doivent le secret pour des actes qui, de leur nature, sont tels que le secret y est de peu d'importance, puisqu'ils doivent cette fidélité à l'intention des parties, qu'ils ne peuvent blesser sans prévariquer, le défaut de ce secret dans les testaments et autres actes de toute nature servirait à troubler la paix des familles et à d'autres étranges conséquences, dont leur infidélité ou indiscrétion les rendrait responsables et envers Dieu et envers le public, selon la qualité des faits et les circonstances » (1).

2157. Et qu'on le remarque bien ! il ne s'agit point ici d'un simple devoir de morale, d'une question de délicatesse, comme on pourrait le croire en lisant certains auteurs (2), mais bien d'une obligation légale, d'un devoir sanctionné par le droit positif. L'art. 23 de la loi de ventôse, aux termes

(1) *Le droit public*, liv. II, tit. V, sect. V, n. 5 (édit. Rémy, III, p. 478 *in fine* et 479). — V. aussi Claude Ferrière, *Parf. not.*, liv. I, ch. XVIII; Jousse, *Justice civile*, II, p. 407; Langlois, *Tr. des droits des not.*, ch. XLVII et LIV.

(2) Eloy, *op. cit.*, n. 143-144, p. 182; Walquenart, *op. cit.*, p. 225; Foubené, *op. cit.*, n. 220-222, p. 108-109; *Dict. du not.*, v° *Respons. des not.*, n. 309, et v° *Secret*, n. 31; Pagès, *De la respons. des not.*, 1843, p. 137.

duquel « les notaires ne pourront... sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit, à peine de dommages-intérêts, d'une amende de 100 francs (réduite à 20 francs) et d'être en cas de récidive suspendus de leurs fonctions pendant trois mois... », n'est qu'une application du devoir dont nous parlons. Ce n'est donc pas seulement dans le cas prévu par cette disposition que la règle de la discrétion a pour les notaires un caractère légal (1).

Il en résulte d'importantes conséquences :

1° Les notaires, se trouvant compris parmi les « personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie », encourent les peines établies par l'art. 378 C. pén., s'ils révèlent ces secrets (2). Ils ne peuvent même pas être déchargés par les parties de l'obligation dont il s'agit (3). Au surplus, en la violant, ils s'exposent en outre à une action en dommages-intérêts.

2° Les notaires, cités comme témoins devant les tribunaux, peuvent refuser toute déposition sur des faits dont ils n'ont eu connaissance que dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette solution est admise par tout le monde quant à l'hypothèse où les notaires sont appelés à déposer dans une

(1) Bauby, *op. cit.*, p. 274. — V. ausssi Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Secret*, n. 57. — *Contra* A. Chauveau et Faustin Hélie, *Th. du C. pén.*, n. 1870. — Paris, 1872, V, p. 6. — Crim. rej., 23 juil. 1830, S. chr., IX, 1. 564.

(2) Carnot, *Comment. sur le C. pén.*, sur l'art. 378, n. ad. 5; Rauter, *Tr. de dr. crim.* (1836), II, p. 105; Trébutien, *Cours élém. de dr. crim.*, II, p. 243 s.; Muteau, *Du secret professionnel*, p. 461 s.; Faustin Hélie, *Traité de l'instr. crim.*, IV, n. 1856; Bonnier, *op. cit.*, p. 245; Boitard et Faustin Hélie, *Leç. de dr. crim.*, n. 413, p. 393; Blanche, *Etudes prat. sur le code pénal*, V, n. 449, p. 584; *Dict. du not.*, v° *Secret*, n. 30; Eloy, *op. cit.*, I, n. 144, p. 182; D., *Répert. alph.*, v° *Révélation des secrets*, n. 14; Walquenart, *op. cit.*, p. 227; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, III, p. 789-*a*, p. 1320; Amiaud, *op.* v° *cit.*, n. 105; Bauby, *op. cit.*, p. 274. — Montpellier, 24 sept. 1827, S. chr., VIII, 2. 414, *Journ. des not.*, art. 6298. — Crim. rej., 10 juin 1853, S., 53. 1. 379, D. P., 53. 1. 205; 7 avril 1870, S., 70. 1. 277, D. P., 70. 1. 185, *Rev. du not.*, n. 2710, XI, p. 426. — Cour d'assises de Lot-et-Garonne, 15 déc. 1887, *Journ. des not.*, art. 24087, *Rev. du not.*, n. 7747, XXIX, p. 41.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Secret*, n. 9; A. Pellerin, *Secret professionnel, Rev. du not.*, n. 6832, XXV, p. 164-166. — Montpellier, 24 sept. 1827, préc.

instance civile [1]. Mais la jurisprudence ne leur reconnaît le même droit dans une instruction criminelle que s'ils affirment par serment que les faits sur lesquels ils sont interrogés leur ont été révélés dans l'exercice de leur ministère *et sous le sceau du sécret* [2]. Cette dernière exigence est aussi arbitraire que peu libérale. Elle est absolument contraire à la pratique. Il est évident qu'en fait les clients ne demanderont jamais le secret à leur notaire. Ils craindraient lui faire injure et paraître douter de sa loyauté ou de son bon sens. Il va de soi qu'il doit garder pour lui leurs confidences et qu'à ce point de vue, leur intention est de l'assimiler à un médecin ou à un confesseur [3].

C. *Obligation de conseiller les parties.*

2158. Les notaires, comme l'a déclaré bien des fois la jurisprudence, ne sont pas simplement les *rédacteurs passifs* des actes de leur ministère. Ils doivent éclairer les parties

(1) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 7; Ed. Clerc, *op. cit.*, II, n. 825; Eloy, *op. cit.*, I, n. 142 s.; *Dict du not.*, v° *Secret;* Génébrier, *op. cit.*, p. 501; Mailland, *Le notariat simplifié ou le vade-mecum des notaires*, p. 530; Blanche, *op. cit.*, V, p. 548; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, III, p. 1325; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 105 (même édit., II, p. 635); Bauby, *op. cit.*, p. 279. — Bordeaux, 16 juin 1835, S., 35. 2. 30, D. P., 35. 2. 138, *Pasicr.*, 35. 2. 317, *Journ. des not.*, art. 6589. — Bruxelles, 10 déc. 1851, confirmant un jugement d'Anvers, du 14 août 1851, *Monit. du not. belge*, 1851, p. 369, 377, 395. — Trib. Versailles, 21 août 1868, *Journ. des not.*, art. 19430. — Trib. de paix de Bougie, 30 janv. 1877, *Rev. du not.*, n. 5439, XVIII, n. 572. — Trib. Anvers, 2 mars 1877, *Journ. du not.*, n. 3006. — Langloix cite d'anciens arrêts rendus dans ce sens, *op. cit.*, ch. 47.

(2) Crim. rej., 10 juin 1853 et 7 avril 1870, Cour d'assises du Lot-et-Garonne, 15 déc. 1887, précités. — V. dans le même sens, Eloy, *op. cit.*, I, n. 147, 150, 153, p. 186, 191, 193; Faustin-Hélie, *Tr. de l'instr. crim.*, V, p. 592; Clerc, *op. cit.*, I, n. 322, p. 96; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, III, p. 1323, n. 1; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 105. — V. en sens contraire, Blanche, *op. cit.*, V, p. 548, 552; *Dict. du not.*, v° *Secret*, n. 31; Bauby, p. 280. — Sous l'empire de notre ancien droit, la jurisprudence décidait qu'en matière criminelle les notaires étaient tenus de déposer. Denisart rapporte en ce sens deux arrêts du 19 janv. et du 6 fév. 1743. — V. v° *Notaire*. — V. aussi Pigeau, *Procédure du Châtelet.*, I, p. 276. — Sous l'empire de la loi de ventôse quelques auteurs se sont prononcés dans le même sens. — V. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 7, *in fine*.

(3) Derouet, *Secret professionnel*, *Rev. prat. de dr. franç.*, XXXVII (1874), p. 131; Blanche, *op. cit.*, V, p. 553; Muteau, *Du secret professionnel* (1870), p. 22, 472, Lefebvre, *op. cit.*, I, p. 325; Mathieu, *op. cit.*, p. 120-121; A. Pellerin, *Rev. du not.*, n. 6757, XXIV, p. 827 829; Bauby, *op. cit.*, p. 280 281.

sur la portée et les conséquences des stipulations qu'elles se proposent de faire, sur les dangers auxquels ces stipulations les exposeraient, sur les précautions qu'il leur faut prendre pour assurer la conservation et l'exercice de leurs droits respectifs. Et ce n'est pas seulement pour eux un devoir moral, comme le prétendent certains auteurs ([1]), mais bien, ainsi que l'ont décidé de nombreux arrêts, un devoir légal, dont la violation engendre une action en dommages-intérêts ([2]). Cela résulte de l'esprit et des motifs de la loi de ventôse, notamment de la façon dont Réal caractérisait le rôle des notaires, « *conseils désintéressés* des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, *leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent...* » ([3]). Toutefois, ce devoir est plus ou moins étroit suivant les circonstances. Les tribunaux doivent en accentuer la rigueur quand les parties sont illettrées ou peu habituées à traiter des questions d'intérêt, car les notaires sont tenus alors de suppléer à leur ignorance ([4]). Mais, dans le cas contraire, les juges ne sauraient admettre aussi facilement la responsabilité. On comprend fort bien qu'au regard de parties qui avaient notoirement une grande expérience des affaires ou qui prétendaient avoir été déjà renseignées par des personnes compétentes, un notaire ait été en droit de se

([1]) V. notamment Eloy, *op. cit.*, I, n. 132; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, III, n. 1326; Amiaud, *op. cit.*, II, n. 106.

([2]) V. notamment Rouen, 21 janv. 1841, S., 41. 2. 353. — Paris, 18 fév. 1842, S., 42. 2. 204, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 376-1°; 12 août 1842, D., *op.* et v° *cit.*, n. 360. — Trib. Soissons, 13 mai 1857, joint à Req., 3 août 1858, S., 58. 1. 817, D. P., 58. 1. 374. — Nancy, 23 avril 1864, S., 65. 2. 200, D. P., 65. 2. 219. — Alger, 6 juil. 1866, S., 66. 2. 299. — Aix, 28 avril 1870, S., 71. 2. 153, D. P., 72. 2. 79. — Bourges, 22 août 1877, S., 77. 2. 314. — Toulouse, 24 mars 1879, S., 79. 2. 149, D. P., 79. 2. 244. — Poitiers, 31 mai 1886, D. P., 87. 2. 182. — Req., 22 janv. 1890, D. P., 91. 1. 195. — Civ. cass., 6 août 1890, S., 92. 1. 252, D. P., 91. 1. 195. — Req., 18 janv. 1892, S., 92. 1. 255. — Riom, 23 juin 1892, joint à Req., 24 oct. 1893, S., 94. 1. 226. — Limoges, 7 déc. 1892, joint à Req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 355. — Civ. rej., 27 juil. 1892, S., 93. 1. 121. — Rennes, 21 fév. 1893, S., 95. 2. 103, D. P., 94. 2. 442. — Agen, 1er mars 1893, D. P., 95. 2. 369. — Req., 11 juil. 1893, S., 97. 1. 503. — Req., 8 nov. 1899, S., 1901. 1. 410, D. P., 1900. 1. 22; 14 nov. 1899, D. P., 1900. 1. 21; 19 déc. 1899, S., 1900. 1. 495, D. P., 1900. 1. 94. — Grenoble, 6 nov. 1901, D. P., 1902. 2. 335.

([3]) V. D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, XXXII, p. 578, col. 1, *in fine*.

([4]) V. les arrêts cités ci-dessus.

considérer comme dispensé de donner tout conseil ([1]). A plus forte raison faut-il décider qu'un notaire n'avait pas à éclairer les parties relativement à la portée de conventions dont, par la force des choses, il ne pouvait être que le rédacteur, ces conventions étant intervenues avant que les parties se présentassent devant lui ([2]).

2159. Il est quelquefois délicat de concilier cette obligation avec celle du secret professionnel. Un notaire, par exemple, est appelé à recevoir un acte d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, et l'aliénateur ou le constituant veut faire insérer dans l'acte cette énonciation que l'immeuble est franc et quitte de toutes charges autres que celles indiquées. Or le notaire sait pertinemment, en sa qualité de notaire, que cette déclaration est fausse, d'autres charges ayant été antérieurement constituées sur le même immeuble par des actes passés devant lui. Doit-il révéler la véritable situation ? S'il ne le fait pas, il manque à son devoir d'éclairer les parties. Et, s'il le fait, il viole le secret professionnel. Notons d'abord que le notaire ne saurait échapper à ce dilemme en refusant de recevoir l'acte. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'à raison du caractère obligatoire de son ministère, il serait obligé, s'il usait de ce procédé, de justifier son refus pour ne pas encourir une peine disciplinaire et des dommages-intérêts, et, précisément, il ne pourrait le faire qu'en révélant la situation sur laquelle, dit-on, il doit garder le silence.

Nous croyons que, dans notre hypothèse, le secret professionnel ne s'oppose nullement à ce que le notaire parle. Il est inadmissible qu'il soit tenu de s'associer, ne serait-ce que passivement, à une action malhonnête. Par cela seul que l'auteur de la dissimulation s'adresse à lui pour la réception de l'acte, il le met dans la nécessité d'instruire l'autre partie du véritable état de choses. On ne peut donc pas critiquer le renseignement donné par le notaire ([3]).

([1]) V. notamment Liège, 3 fév. 1887, *Rev. du not.*, n. 7621. — Civ. cass., 8 mars 1893, S., 97. 1. 13, D. P., 94. 1. 301. — Cpr. Alger, 31 janv. 1893, D. P., 94. 2. 442.

([2]) Pau, 24 avril 1893, D. P., 94. 2. 443.

([3]) Cpr. *Dict. not.*, 4e édit. et *Supplém.*, v° *Notaires*, n. 703 et *Secret*, n. 15; Eloy, *op. cit.*, I, n. 155 s.; Rutgeerts et Amiaud, III, n. 990.

Au surplus, si les charges non déclarées par le vendeur ou le constituant ont été déjà rendues légalement publiques par l'accomplissement de certaines formalités, notamment s'il s'agit d'hypothèques inscrites, l'objection tirée du secret professionnel n'a aucune raison d'être, puisque la partie intéressée pouvait connaître l'existence de ces charges en consultant les registres hypothécaires [1].

III. *Spécialités sur les actes notariés.*

A. *Formalités.*

N° 1. Formalités concomitantes à la réception.

1° *Par qui les actes notariés sont-ils reçus?*

2160. La loi du 25 ventôse an XI disposait que les actes notariés seraient reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, art. 9. Rapprochons de cette disposition celle de l'art. 68, aux termes duquel « tout acte fait en contravention à l'art. 9 est nul comme acte authentique ».

La règle que consacrait l'art. 9 avait été empruntée à notre ancien droit. A l'origine, il y avait certainement concours effectif. Quant au second notaire, il ne saurait exister le moindre doute, car il fut ordonné que les deux notaires qui recevraient un acte le porteraient ensemble au scelleur [2]; quant aux témoins instrumentaires, il était dit, dans l'ordonnance de Philippe-le-Bel, de juillet 1304, § 6 *in fine* : « *Dictos contractus recipiant in locis et horis non suspectis, CORAM TESTIBUS NOTIS, ac etiam fide dignis* » [3]. L'ordonnance de Louis XII, du mois de mars 1498, portait également : « que un seul notaire ou tabellion ne puisse recevoir aucun contract *sans qu'il y ait deux tesmoins,* nonobstant quelque coutume locale contraire laquelle avons déclarée et déclarons nulle et abusive ». Art. 66 [4]. Enfin l'Edit de François Ier, du 11 décembre 1543, visant à la fois le second notaire et les témoins

[1] Req., 22 janv. 1890, S., 90. 1. 461, D. P., 91. 1. 196. — V. dans ce sens Amiaud, *op. cit.*, n. 161 (même édit., III, p. 663, note 6).

[2] V. lettres patentes du 3 fév. 1300 et d'avril 1363.

[3] Isambert, *Anc. lois de la France,* II, p. 821.

[4] Isambert, *op. cit.*, XI, p. 352.

instrumentaires, s'exprimait ainsi : « Avons dit et ordonné... qu'au passement et réception de tous contracts et actes qui se feront par lesdits notaires, *y aura un notaire et deux tesmoins ou deux notaires sans tesmoins, si les parties le veulent requérir* » (1).

Mais la règle de la présence réelle du second notaire tomba bientôt en désuétude. Aussi deux arrêts de règlement de 1691 et de 1703, et deux édits royaux d'octobre 1691 et de mars 1706 se bornèrent-ils à exiger que les actes fussent *signés* par un second notaire (2).

Il n'était pas question d'ailleurs, dans ces arrêts de règlement et dans ces édits, des témoins instrumentaires. Quelques auteurs en ont conclu que leur présence réelle, à la différence de celle du notaire en second, avait continué d'être exigée (3). Mais il faut le reconnaître, c'eût été là un *non sens*, comme le dit Rolland de Villargues (4), et il paraît bien résulter des discussions législatives auxquelles donnèrent lieu les projets de l'an VII et de l'an VIII, qu'en pratique il en était autrement (5).

2161. Après la promulgation de la loi de ventôse et nonobstant la disposition formelle de son art. 9, les actes notariés furent, comme par le passé, reçus par un seul notaire, qui demandait ensuite à un confrère une signature de pure forme. Au surplus, on en vint à procéder pour les témoins instrumentaires comme pour le notaire en second : en pratique, leur rôle se bornait à signer après coup des actes dont ils ignoraient presque toujours le contenu. Il semble bien qu'on violait ainsi la loi de ventôse, car, si l'on s'en tient au sens grammatical de son art. 9, il faut dire qu'elle repoussait la règle posée par les édits les plus récents et revenait à celle portée dans de plus anciennes ordonnances (6).

(1) Isambert, *op. cit.*, XII, p. 837.

(2) *Journ. des aud.*, tit. V, liv. III, ch. 44; Jousse, *Admin. de la just. civ.*, part. 5, tit. 2, n. 50. — V. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 148 (I, p. 243).

(3) V. not. Marcadé, V, sur l'art. 1317, n. III.

(4) V. surtout Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 149 (I, p. 243-245).

(5) V. les extraits de ces discussions dans Rolland de Villargues, *op. cit.*, I, p. 245.

(6) *Sic* notamm. Marcadé, V, sur l'art. 1317, n. 3. — *Contra* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 150-154 (I, p. 245-250).

De nombreuses demandes en nullité d'actes furent formées pour défaut de présence réelle du notaire en second ou des deux témoins. Plusieurs arrêts de cours d'appel firent droit à de pareilles demandes. Mais beaucoup d'autres se prononcèrent pour la validité des actes attaqués [1]. La cour suprême, qui avait adopté d'abord cette dernière thèse, proclama ensuite la nullité par son arrêt de rejet du 7 mai 1839 [2], et surtout par ses arrêts de cassation du 25 janvier et du 16 nov. 1841 [3].

2162. Aussi, pour déterminer la portée de l'art. 9, le gouvernement fit voter la loi du 21 juin 1843. Il résulte des dispositions de cette loi que, sauf pour les actes énumérés dans son article 2, la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires n'était requise ni pendant la passation de l'acte, ni même lors de la lecture aux parties et de l'apposition de leurs signatures. Art. 3.

Quant aux actes qui faisaient exception à ce principe, c'étaient, aux termes du premier alinéa de l'art. 2, les actes « contenant donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes ». Encore, en ce qui les regarde, la présence du notaire en second ou des deux témoins n'était-elle nécessaire qu'au moment de la lecture des actes par le notaire instrumentaire et de la signature par les parties. Mais elle devait, à peine de nullité, être mentionnée. Même art., al. 2 [4].

Enfin la loi de 1843 déclarait, dans son art. 4, qu'il n'était rien innové aux dispositions du Code civil sur la forme des testaments.

Ainsi, en résumé, cette loi divisait les actes notariés en deux catégories : les actes ordinaires, visés par l'art. 3, et les

(1) V. pour les arrêts dans les deux sens, Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1317, n. 200.

(2) S., 39. 1. 353, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3249-4°.

(3) S., 42. 1. 128, D., *op. cit.*, n. 3249-5° et v° *Loi*, n. 539-1°.

(4) Les actes de cette catégorie, passés avant la promulgation de la loi de 1843, ne pouvaient pas être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins n'auraient pas été présents à la réception de ces actes. Art. 1.

actes solennels réglementés par l'art. 2. Mais, évidemment, en ce qui concerne les premiers, la signature que le notaire en second ou les témoins instrumentaires donnaient après coup et hors de la présence des parties ne constituait qu'une garantie illusoire, qu'une pure fiction. La loi de 1843, en réalité, organisait, comme on l'a dit, un *faux légal*. On ne saurait s'étonner que Marcadé le qualifiât de *déplorable* et qu'il s'écriât : « Il est un point qui ne nous paraît pas contestable : c'est, disons-le franchement, l'*immoralité* de cette loi, qui érige en *règle de droit* le mensonge qui n'avait été précédemment qu'un *fait* licite et toléré. Ainsi nos législateurs font ici de la fourberie un principe légal et imposent officiellement aux notaires le jeu d'une misérable comédie... » (1).

Aussi, depuis longtemps, cette vaine formalité avait-elle disparu en Allemagne. L'intervention du notaire en second ou des témoins dans les actes non soumis à la condition de la présence réelle a été supprimée, pour l'Alsace-Lorraine, par la loi du 26 décembre 1873, dont l'art. 6 est ainsi conçu : « La présence des témoins ou d'un notaire en second n'est exigée que pour les testaments et pour les autres actes mentionnés en l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés ». Le 9 mars 1877, le législateur hollandais a présenté aux Etats généraux néerlandais un projet tendant à supprimer l'assistance des témoins instrumentaires dans les actes signés par toutes les parties et à maintenir la présence réelle pour les autres (2).

2163. En France, on s'accordait à réclamer une réforme. Elle a été réalisée par la loi du 12 août 1902, qui modifie notamment la disposition de l'art. 9 et qui pose en principe que « les actes notariés pourront être reçus par un seul notaire ». Ainsi elle exige simplement, pour la passation de ces actes, l'intervention d'un notaire unique, sans assistance de témoins.

Mais, à ce principe, la nouvelle loi apporte trois exceptions :

« 1° Les testaments et les notifications d'actes respectueux

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1317, n. III (6e édit., p. 11-12).
(2) Rapport précité de M. le sénateur Guérin, p. 620.

resteront soumis aux règles spéciales du Code civil ». Les règles dont il s'agit sont posées dans les art. 154, 971, 976 et 977 de ce Code. Nous renvoyons à ces textes.

« 2° Les actes contenant donation entre vifs ou donation entre époux autres que celles insérées dans un contrat de mariage, acceptation de donation, révocation de testament ou de donation, reconnaissance d'enfant naturel et les procuration ou autorisation pour consentir ces divers actes seront, à peine de nullité, reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins ». Ce paragraphe reproduit la disposition de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, mais en la complétant. Il l'étend, en effet, aux acceptations de donation et aux autorisations pour consentir les divers actes énumérés dans cet article.

Le législateur de 1902 dit ensuite : « La présence du second notaire ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature des parties ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, et la mention en sera faite dans l'acte, à peine de nullité ». Cette définition de la présence réelle était déjà donnée par la loi de 1843. Toutefois la nouvelle disposition, à la différence de l'ancienne, explique que le notaire en second ou les témoins doivent assister effectivement à la déclaration faite par les parties qu'elles ne savent ou ne peuvent signer.

Enfin la troisième des exceptions est ainsi énoncée : « 3° Les actes dans lesquels les parties ou l'une d'elles ne sauront ou ne pourront signer seront soumis à la signature d'un second notaire ou de deux témoins ». D'après nous, le sens de cette dernière disposition n'est point douteux : lorsque les parties ou l'une d'elles ne savent ou ne peuvent signer, l'acte doit être soumis à la signature d'un notaire en second ou de deux témoins, mais la présence réelle de ce notaire ou de ces témoins n'est pas requise ; en un mot, on maintient, pour ce cas, la règle formulée par la loi de 1843. Cela résulte certainement des travaux préparatoires [1]. La rédaction du 3° du

[1] V. pour l'analyse et les extraits des travaux préparatoires, D. P., 1902. 4. 75, 3e col., note 1, n. 7 ; Chanson, *op. cit.*, n. 14, p. 482-484, et surtout *Code des not. expliqué*, p. 99-110.

nouvel art. 9 est le produit d'une transaction ([1]) : certains proposaient d'assimiler aux actes solennels énumérés dans le le 2° les actes où figureraient des illettrés et, par conséquent, d'exiger pour ces derniers actes la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires ([2]). D'autres, au contraire, étaient d'avis de n'établir aucune garantie spéciale pour le cas où les parties ou l'une d'elles ne sauraient ou ne pourraient signer, en d'autres termes de laisser cette hypothèse sous l'empire du principe de la réception par un seul notaire ([3]). On s'est arrêté à un moyen terme.

Quoi qu'il en soit, la disposition du 3° est des plus critiquables : si le concours du second notaire ou des deux témoins qui se bornent à signer après coup n'est qu'une vaine et ridicule comédie, pourquoi l'exiger pour les actes où figurent des illettrés, comment pourrait-on ne pas voir toute l'inconséquence que renferme la réponse faite à cette objection ([4]) par M. Guérin : « ... Nous avons pensé, a dit le rapporteur du Sénat, que, lorsque l'une des parties ou les deux parties contractantes ne savaient pas ou ne pouvaient pas signer, il y avait *intérêt* à leur assurer la garantie, *quelque faible, quel-*

([1]) V. D. P., 1902. 4. 76, note continuée, n. 7 *in fine*, Sirey, *Lois ann.*, 13e série, p. 494-496, note 8.

([2]) M. Chovet, sénateur, a proposé un amendement dans lequel après une disposition prescrivant l'assistance effective du second notaire ou des témoins pour les actes contenant donation entre vifs, etc., on lisait : « *Il en sera de même de tous les actes dans lesquels interviendront une ou plusieurs parties ne sachant ou ne pouvant signer* ». Et c'était seulement ensuite que venait la définition de la présence réelle, définition qui, par suite, s'appliquait notamment aux actes intéressant des illettrés.

([3]) Amendement de M. Dufoussat, sénateur. — V., pour la discussion relative aux divers systèmes en présence, séance du Sénat du 31 janv. 1899, *J. Off.* du 1er fév. 1899, p. 75.

([4]) « Du moment, fit observer M. Dufoussat, où l'on admet qu'un notaire est qualifié pour instrumenter seul, quand les parties savent signer, pour être logique, on doit aussi admettre que le même notaire doit pouvoir donner seul l'authenticité aux actes dans lesquels interviennent des parties ne sachant ou ne pouvant signer, alors surtout que les signatures données après coup par le second notaire ou les témoins ne présentent *aucune* espèce de garantie ». Et il ajouta : « Si donc nous voulons faire cesser cette comédie légale, cette illusion, si nous voulons établir la franchise dans les actes notariés ordinaires, et nous le devons, *surtout vis-à-vis des plus illettrés*, il faut supprimer purement et simplement cette vaine formalité ». *J. Off.*, *loc. cit.*

que illusoire qu'elle soit, de la nécessité du *concours* d'un second notaire ou de deux témoins » [1]. En vérité, il nous est impossible de découvrir l'avantage ou simplement l'excuse d'un pareil système.

2164. Une question spéciale se pose relativement à l'art. 2127. Ce texte n'a pas été modifié par la loi de 1902. Il est donc toujours ainsi conçu : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant *deux notaires* ou devant un notaire *et deux témoins* ». Faut-il en conclure que la constitution d'hypothèque forme une exception qu'on doive ajouter à celles mentionnées dans le 2° du nouvel art. 9? Ne faut-il pas, au contraire, dire que la disposition de l'art. 2127 a été virtuellement abrogée par la loi de 1902 et que le contrat dont il s'agit peut, en conséquence, être reçu, comme les actes ordinaires, par un seul notaire non assisté de témoins? C'est dans le second sens qu'il convient de se prononcer. Le seul but que les auteurs du Code aient poursuivi en écrivant l'art. 2127 a été de rendre l'intervention notariale nécessaire pour la constitution d'hypothèque; mais ils entendaient que, pour connaître la manière dont cette intervention était réglementée, on se référât à la législation générale. Aussi, avant la loi de 1902, décidait-on à l'unanimité que la présence réelle du second notaire ou des témoins n'était pas requise pour le contrat constitutif d'hypothèque, l'art. 2127 reproduisant simplement la prescription de l'art. 9 de la loi de ventôse. Or la loi de 1902 substitue, d'une part, au principe posé par celle de 1843 le système de la réception par un seul notaire non assisté de témoins et, d'autre part, ne met pas la constitution d'hypothèque au nombre des exceptions par elle admises. Ce contrat demeure donc soumis à la règle générale qui est renfermée aujourd'hui dans le premier alinéa du nouvel art. 9 [2].

[1] *J. Off., loc. cit.*

[2] Chanson, *op. cit.*, n. 16, p. 485; *Code des not. expliqué*, p. 110; Levasseur, *op. cit.*, p. 36, note.

a. Des notaires.

2165. Lorsqu'un acte est passé par devant deux notaires, on appelle *notaire instrumentaire* et plus souvent *notaire en premier* celui qui est requis de recevoir l'acte, et *notaire en second* celui qui a simplement pour rôle d'assister l'autre. Le notaire à qui les parties s'adressent choisit le notaire en second. C'est le notaire en premier qui rédige l'acte. Il signe d'ordinaire à droite, par opposition avec le notaire en second, qui signe à gauche. Il conserve la minute. D'après l'opinion générale, il répond seul des vices et irrégularités que l'acte peut renfermer, du moins quand le notaire en second ne fait qu'apposer sa signature et sous réserve du cas où ce dernier a participé à la faute qui cause un préjudice aux parties [1].

Il arrive quelquefois que celles-ci désignent les deux notaires. Dans ce cas, celui qui demeure dépositaire de la minute a le titre de notaire en premier.

2166. « Deux notaires parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 8 ne pourront concourir au même acte ». Art. 10. Cette disposition vise donc les notaires « parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés et, en ligne collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement » Art. 8. L'art. 10 reproduit une décision de notre ancienne jurisprudence : un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 22 mai 1556 avait interdit à tous notaires du ressort « de eux accoupler ensemble, pour passer ou recevoir contrats, le père, le fils, les deux frères, l'oncle et le neveu, le beau-père et le gendre », et un autre arrêt de règlement du 24 novembre 1601 avait fait la même défense aux notaires père et fils.

Ce que défend l'art. 10 c'est que deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé, concourent dans le même acte comme officiers publics instrumentaires; mais ce texte ne fait pas obstacle à ce qu'un notaire, parent ou allié audit degré du notaire qui dresse un inventaire, figure dans celui-ci comme ayant été commis par justice pour représenter un absent. Alors, en effet, il n'agit pas comme officier public

[1]. V. notamment Bauby, *op. cit.*, p. 352-357.

instrumentaire, mais bien plutôt comme mandataire de l'absent, toute irrégularité se trouvant couverte quant à lui par l'intervention de la justice, à supposer qu'il faille considérer les mandataires comme parties dans les actes (1).

La prohibition de l'art. 10 s'applique aussi bien aux testaments qu'aux actes pour lesquels la présence effective du notaire en second est requise (2).

2167. Les notaires ne peuvent pas recevoir les actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et, en ligne collatérale, jusqu'au troisième degré, seront parties (3), ou qui contiendront quelque disposition en faveur de ces personnes (art. 8) (4). « S'il est défendu aux notaires, a dit le tribun Favard, de recevoir des actes pour leurs parents jusqu'à certains degrés, on a voulu par là leur conserver un caractère d'impartialité qui ne doit jamais les abandonner. Cette mesure les met à l'abri de tous les combats que l'intérêt livre à la probité et les affections aux devoirs ; combats dans lesquels la probité triomphe, mais qu'il est bon d'éviter à la généralité des hommes publics » (5).

La disposition de l'art. 8 est, d'ailleurs, conforme à notre ancienne jurisprudence. Un arrêt de règlement du 11 août 1607, portait « défense à tous notaires de passer ou recevoir aucuns contrats, au profit de leurs enfants, gendres, pupilles, étant en leurs tutelles ou curatelles et cousins germains... » Un autre arrêt de règlement du 8 juin 1635 faisait également « défense à tous notaires d'instrumenter pour leurs fils, gendres et parents au degré de l'ordonnance ». Mais, comme il convient de s'en tenir aux termes de la loi, l'expédition pour-

(1) D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3268.

(2) Duranton, IX, n. 252; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3269.

(3) La prohibition de l'art. 8 s'applique-t-elle à la personne qui agit comme *mandataire* devant un notaire qui lui est parent ou allié au degré prohibé? Quest. controv. Nous adoptons la négative. V. pour les autorités dans les deux sens, D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, n. 386, et *Suppl. au Répert. alph.*, *eod.* v°, n. 114.

(4) Le notaire instrumente valablement, lorsque, au moment où il reçoit l'acte, il ignore l'intérêt que ses parents ou alliés peuvent y avoir. Cette solution ne saurait faire difficulté.

(5) Rapport fait au Tribunat. D., *Répert. alph.*, v° *Notaire-Notariat*, XXXII, p. 582, col. 1, n. 27.

rait être délivrée par un notaire qui, étant parent ou allié des parties, n'aurait pas eu le droit de recevoir l'acte ; la circonstance que l'expédition est délivrée par ce notaire ne saurait évidemment rétroagir et porter ainsi atteinte à la validité de l'acte régulièrement reçu. La cour de cassation a décidé que le notaire pourrait aussi, au lieu de recevoir l'acte, en opérer le dépôt au rang de ses minutes ([1]). Mais quelques auteurs se prononcent en sens contraire ([2]).

Si un notaire reçoit un acte au mépris de la prohibition écrite dans l'art. 8, l'acte tout entier est nul comme authentique. La nullité n'est donc pas limitée aux dispositions intéressant les parents ou amis du notaire ([3]). Mais, par application de l'art. 68, l'acte peut valoir comme sous seing privé, s'il est signé de toutes les parties et s'il ne s'agit pas d'un contrat solennel ([4]).

Le notaire est d'ailleurs, en outre, passible d'une des peines disciplinaires prononcées par l'art. 110 du décret du 30 mars 1808 ([5]).

2168. Un notaire ne peut pas être partie dans les actes qu'il reçoit, comme l'explique fort bien Rolland de Villargues, il « ne peut pas jouer deux rôles à la fois : certifier la présence et les déclarations d'une partie et être lui-même cette partie, autrement il serait juge dans sa propre cause » ([6]).

On a déjà vu que, dans cette hypothèse, l'acte ne vaut même pas, en faveur du notaire, comme écriture privée ([7]).

Au surplus, l'interdiction existe bien que l'acte ne procure aucun avantage au notaire et alors même qu'il lui est défavorable, car, dans ce cas, le notaire pourrait, par des artifices de rédaction, atténuer les conséquences que, régulièrement, l'acte devrait produire contre lui ([8]).

([1]) Req., 6 janv. 1862, S., 62. 1. 119, D. P., 62. 1. 113.

([2]) Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Parenté*, n. 91.

([3]) Cette dernière solution est consacrée par quelques législations étrangères, notamment par la loi russe.

([4]) Req., 26 janvier 1870, S., 70. 1. 169, D. P., 71. 1. 101.

([5]) Trib. de Dinan, 5 mai 1866, D. P., 66. 5. 319.

([6]) *Op. cit.*, v° *Notaire*, n. 430 (VI, p. 399).

([7]) V. *supra*, n. 2109.

([8]) Rousseau de Lacombe se prononçait cependant en sens contraire, *op. cit.*,

Mais il faut aller plus loin : si un notaire ne peut pas instrumenter quant aux actes dans lesquels ses parents ou alliés au degré prohibé sont intéressés, alors même qu'ils ne sont pas parties, à plus forte raison lui est-il interdit de recevoir ceux où il est intéressé lui-même. Doit être, en conséquence, déclaré nul tout acte reçu par un notaire qui se trouve y avoir directement ou indirectement un intérêt personnel (1). Peu importe, au surplus, que cet intérêt ne soit qu'éventuel et subordonné à de certaines conditions (2). Et la nullité atteint même les dispositions qui sont étrangères à cet intérêt (3).

Toutefois la prohibition n'est pas applicable au cas où un notaire, créancier d'un tiers, reçoit un acte d'emprunt dont les fonds sont destinés à lui rembourser sa créance (4). Il a été également décidé que le notaire qui est maire d'une commune peut passer un acte intéressant celle-ci, lorsqu'il a délégué ses fonctions de maire à un adjoint, afin que ce dernier représente ladite commune dans l'acte (5).

Le point de savoir si le notaire avait un intérêt personnel

v° *Notaire*, n. 15. Son opinion était suivie par Guy-Pape, quest. 328, et par Despeisses, *Œuvres*, II, p. 188.

(1) Orléans, 31 mai 1845, S., 49. 2. 631, D. P., 49. 2. 100; 5 mai 1849, S., 49. 2. 453, D. P., 49. 2. 113. — Civ. cass., 15 juin 1853, S., 53. 1. 529, D. P., 53. 1. 211; 15 juin 1853, S., 53. 1. 655, D. P., 53. 1. 213. — Douai, 11 juill. 1862, S., 62. 2. 475, D. P., 62. 5. 218. — Req., 29 juill. 1863, S., 63. 1. 477, D. P., 63. 1. 465; 4 août 1864, S., 64. 1. 401, D. P., 64. 1. 440. — Nancy, 21 déc. 1872, S., 73, 2. 83, D. P., 73. 2. 198, et, sur pourvoi, Req., 20 janv. 1874, S., 74. 1. 110, D. P., 74. 1. 171. — Civ. cass., 27 nov. 1876, S., 77. 1. 109, D. P., 77. 1. 57. — Rouen, 20 janv. 1879, D. P., 79. 2. 179. — Req., 16 fév. 1886, S., 87. 1. 9. D. P., 86. 1. 159. — Civ. cass., 11 déc. 1888, S., 89. 1. 73, D. P., 90. 1. 13. — Poitiers, 31 déc. 1890, D. P., 92. 2. 297. — Req., 8 juill. 1896, S., 97. 1. 23, D. P., 96. 1. 584. — Et il n'y a pas à distinguer si le notaire a figuré dans l'acte en son nom propre ou s'il y a été partie sous le nom d'une personne interposée. — Civ. cass., 11 déc. 1888, Poitiers, 31 déc. 1890, Req., 8 juill. 1896, précités.

(2) Req., 4 août 1864, précité.

(3) Civ. cass., 15 juin 1853 et Req., 29 juill. 1863, précités.

(4) Civ. rej., 15 avril 1862, S., 62. 1. 458, D. P., 62. 1. 280. — Bordeaux, 6 août 1885, S., 87. 2. 133, D. P., 86. 2. 120. — Req., 16 janv. 1901, S., 1902. 1. 65, D. P., 1901. 1. 124. — V. aussi Req., 7 janv. 1889 (cession de créance), S., 89. 1. 168. — Mais si, en général, un notaire ne doit pas être considéré comme partie intéressée dans l'acte par lequel son débiteur se procure des fonds qui pourront servir ensuite à le payer, c'est à la condition que la situation actuelle de ce notaire ne se trouve pas, par l'effet de l'acte, améliorée ou changée. Civ. cass., 28 déc. 1898, S., 1901. 1. 87.

(5) Montpellier, 4 juin 1855, S., 56. 2. 686, D. P., 56. 2. 126.

dans l'acte par lui reçu est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond [1].

b. Des témoins.

2169. Les témoins qui figurent dans les actes notariés peuvent être *instrumentaires, certificateurs* ou *honoraires*.

α. On qualifie d'instrumentaires les témoins qui assistent le notaire rédacteur et qui remplacent le notaire en second : « Les témoins instrumentaires, disait d'Aguesseau, sont ceux qui, par leur signature, assurent la vérité et la foi des actes. Leurs fonctions *approchent de celles* des notaires et ils partagent avec eux la confiance de la loi » [2]. Toullier s'exprimait en termes encore plus catégoriques : « Les témoins appelés par la loi sur le notariat pour *assister* le notaire sont ses *coopérateurs ;* c'est lui qui les appelle : ils *exercent concurremment avec lui une portion de la puissance publique,* puisqu'ils coopèrent à conférer aux actes l'exécution parée, c'est-à-dire le droit d'employer la force publique pour les faire exécuter » [3]. Sauf dans les testaments, ils doivent être au nombre de deux. Mais on a déjà vu que la loi du 12 août 1902 a supprimé en principe la nécessité d'appeler des témoins instrumentaires.

Les témoins instrumentaires sont ordinairement choisis par le notaire, car ils sont appelés par lui pour l'assister. Il est de son intérêt de ne confier cette mission qu'à des personnes connues de lui et présentant toutes garanties d'honorabilité et de capacité juridique. Il y a même beaucoup d'études où ce sont habituellement les mêmes individus qui servent de témoins, et il arrive parfois qu'à raison de la perte de temps que leur occasionne l'exercice de cette fonction, ils reçoivent du notaire une indemnité. Celui-ci, en pareil cas, est certainement responsable de la capacité des témoins par lui choisis. Les parties peuvent toutefois requérir le notaire d'appeler

[1] Civ. rej., 13 fév. 1883, S., 84. 1. 153, D. P., 84. 1. 31. — Req., 16 fév. 1886, précité. — L'acte de constitution d'une société anonyme dressé par un notaire souscripteur d'actions de cette société est-il nul, quel que soit le nombre d'actions souscrites par ce notaire ? V. Sirey, 5e *table décennale,* v° *Notaire,* n. 22.

[2] Plaid. du 15 mars 1698.

[3] V, n. 396, al. 6.

comme témoins des personnes qu'elles lui désignent. Mais le notaire n'en sera pas moins tenu de vérifier la capacité juridique de ces personnes.

β. On entend par témoins certificateurs les deux personnes qui, au cas où le notaire ne connaît pas le nom, l'état et la demeure des parties, doivent intervenir dans l'acte pour attester l'identité de celles-ci. Ces témoins doivent être connus du notaire et avoir les mêmes qualités que les témoins instrumentaires. Art. 11 (1). Les mêmes individus peuvent donc à la rigueur, semble-t-il, remplir à la fois les deux fonctions dans le même acte (2). Cependant, font remarquer certains auteurs, il vaut mieux qu'il n'en soit pas ainsi (3).

A Paris et dans les autres grandes villes, il arrive souvent que le notaire ne connaît pas les personnes produites par les parties comme témoins certificateurs. En pratique on admet souvent que, dans ce cas, il peut suppléer à la certification par une conviction fondée sur des pièces en due forme, telles que quittances de contributions, passeports, cartes d'électeurs, etc. Mais c'est là un abus : la disposition de l'art. 11 est d'ordre public; on ne doit pas y déroger (4).

Le défaut de certification n'est pas par lui-même une cause de nullité, car l'art. 11 n'est pas compris dans l'énumération que renferme l'art. 68 (5); mais le notaire qui ne satisfait pas à la prescription de l'art. 11 agit à ses risques et périls, et, par suite, s'il y a supposition de personne, il est passible de peines disciplinaires (6), et il est responsable

(1) La prohibition à raison de la parenté ou de l'alliance, écrite dans l'art. 9 pour les témoins instrumentaires, s'applique-t-elle aux témoins certificateurs? V. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3347, et *Suppl. au Répert. alph.*, *eod.* v°, n. 1460.

(2) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 23 (V, p. 296); Gagneraux, *Encycl. des lois sur le not.*, I, p. 73, n. 4. — Req., 7 juin 1825, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 3097. — Trib. de Nivelles, 21 juil. 1875, *Pasicr. belge*, 77. 3. 140.

(3) Carré, p. 411; Loret, *op. cit.*, I, p. 237; Bastiné, *op. cit.*, n. 119; Génébrier, *op. cit.*, p. 263; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, n. 414; Amiaud, *op. cit.*, v° *Individualité des parties*, n. 9.

(4) V. Bastiné, *op. cit.*, n. 122; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 4.

(5) Toullier, VIII, n. 71; Duranton, XIII, n. 38; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Individualité*, n. 30 (V, p. 298); Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 12.

(6) Poitiers, 21 mai 1824, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3352. — Reims, 22 juil. et 12 août 1876, *Rev. du not.*, n. 5127.

envers les parties du préjudice que peut leur causer l'inobservation de la formalité dont il s'agit [1]. On décide, au contraire, que lorsque le notaire a fait certifier régulièrement l'individualité des parties, il est à l'abri de tout recours. Mais dans ce cas, s'il y a erreur sur cette individualité, les témoins certificateurs peuvent être responsables [2].

γ. Enfin on désigne sous le nom de témoins honoraires les parents et amis qui, *honoris causâ,* apposent leur signature au bas d'un contrat de mariage. D'ordinaire ils ne sont pas présents à la passation de l'acte, et souvent même ils en ignorent le contenu. Leur intervention étant sans utilité comme sans inconvénient, ils ne sont soumis à aucune condition d'âge ou de capacité, et les prohibitions relatives à la parenté leur sont étrangères. Ils signent simplement à la fin de l'acte sans parapher les renvois.

2170. Quelles sont les qualités requises chez les témoins instrumentaires ? Aux termes du dernier alinéa du nouvel art. 9 : « Dans le cas ci-dessus prévu, § 2, les témoins instrumentaires devront être Français et majeurs, savoir signer et avoir la jouissance de leurs droits civils ». Bien que cette disposition ne vise que le cas prévu par le § 2, il faut décider que ces qualités sont exigées non seulement des témoins qui sont appelés aux actes solennels, mais encore de ceux qui signent les actes ordinaires où figurent des illettrés. On ne peut pas raisonnablement s'emparer d'un défaut de rédaction pour soutenir que, dans le second cas, les témoins peuvent être mineurs, étrangers ou privés de leurs droits civils. S'il en était ainsi, les parties ne sachant ou ne pouvant signer n'auraient même pas une apparence de garantie [3] !

D'après le texte originaire de l'art. 9, les témoins instrumentaires appelés aux actes notariés devaient être Français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement commu-

[1] Toullier et Duranton, *loc. cit.;* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 33; Solon, *Théorie sur la nullité des actes,* II, n. 246; Gagneraux, *Comment. de la loi du 25 ventôse an XI,* art. 11, n. 7 s., art. 14, n. 39; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 13.

[2] Rennes, 13 juil. 1875, *Journ. des not.,* n. 21729. — Liège, 22 janv. 1878, *Rev. prat. du not. belge,* 79, 119.

[3] Chanson, *op. cit.*, p. 437, n. 19; Levasseur, *op. cit.*, p. 37 *in fine,* et p. 38; *Code des not. expliqué,* p. 118.

nal où l'acte était passé. Les conditions requises chez les témoins testamentaires étaient moins rigoureuses : aux termes de l'ancien art. 980, il suffisait que ces derniers fussent « mâles, majeurs, républicoles (c'est-à-dire Français), jouissant des droits civils ».

La loi du 7 décembre 1897, ayant pour objet d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires en général, a modifié l'art. 9 de la loi de ventôse et l'art. 980 C. civ., en décidant que les témoins devraient, sans distinction de sexe [1], pour les actes notariés, savoir signer et être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte serait passé, et, pour les testaments, « être majeurs et Français ». Elle ajoute que, dans tous les cas, le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble ni dans le même acte, ni dans le même testament.

De ce que le texte de l'art. 9 remanié par la loi de 1897 ne renfermait ni le mot *majeurs*, ni le mot *Français*, il semblait résulter que les mineurs et les étrangers pouvaient servir de témoins dans les actes notariés autres que les testaments. Mais la solution contraire était imposée par les travaux préparatoires, dont l'examen prouvait bien que l'omission des deux mots sus-indiqués s'expliquait par une erreur et que les auteurs de la loi de 1897 n'avaient voulu modifier les conditions de capacité des témoins instrumentaires qu'en réalisant la réforme relative aux femmes.

Néanmoins la double lacune que nous venons d'indiquer a été comblée par la loi du 12 août 1902. D'après la disposition du dernier alinéa du nouvel art. 9, « les témoins instrumentaires devront être *Français et majeurs,* savoir signer et avoir la jouissance de leurs droits civils. Ils pourront être de l'un ou de l'autre sexe, mais le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte ».

Il résulte du rapprochement de cette rédaction et de celle de 1897 que, désormais, les témoins peuvent être domiciliés

[1] V. les notes sous cette loi dans D. P., 97. 4. 133-134, et dans Sirey, *Lois ann.*, 12e série, p. 445-446.

ailleurs que dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Cette condition, en effet, ne leur est plus imposée (1).

2171. La privation totale ou partielle des droits *politiques* s'oppose-t-elle à ce qu'on remplisse la fonction de témoin? Posons-nous d'abord la question relativement à la personne condamnée, soit à une peine emportant la dégradation civique, soit à des peines correctionnelles avec interdiction d'être témoin instrumentaire pendant le temps déterminé par le jugement : cette personne est-elle exclue de l'exercice de cette fonction? Le nouvel art. 9 n'exige plus formellement la jouissance des droits politiques. Mais il n'en faut pas moins décider que l'individu frappé de l'une de ces condamnations ne saurait servir de témoin instrumentaire, car le nouvel art. 9 n'abroge ni l'art. 34 C. pén., aux termes duquel la dégradation civique entraîne de plein droit « l'incapacité d'être employé comme témoin dans les actes », ni l'art. 42 du même code, qui autorise les tribunaux jugeant correctionnellement à interdire l'exercice de la fonction de témoin instrumentaire (2).

Mais le failli non réhabilité peut-il figurer dans les actes comme témoin? La controverse qui existait sur ce point (3), paraît bien résolue dans le sens de l'affirmative par le nouvel art. 9, car il n'exige pas expressément des témoins instrumentaires la jouissance des droits politiques en même temps que celle des droits civils (4).

2172. Pour être témoin, il ne suffit pas d'avoir la capacité civile, il faut, en outre, posséder certaines qualités physiques. Les témoins, en effet, sont destinés à affirmer ce qu'ils ont vu et entendu. Il est donc nécessaire qu'ils comprennent ce qui est dit en leur présence et qu'ils puissent en rendre compte.

Il s'ensuit qu'on ne saurait appeler comme témoins les personnes que leurs infirmités rendent impropres à cette

(1) Chanson, *op. cit.*, n. 18, p. 486; *Code des not. expliqué*, p. 121.

(2) Chanson, *op. cit.* et *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(3) V. D., *Suppl. au répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1441; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Répert. génér. alph. du dr. franç.*, v° *Acte notarié*, n. 150-151; Amiaud, *op. cit.*, v° *Témoins instrumentaires*, n. 20.

(4) Chanson, *op. cit.*, n. 18, al. 5, p. 486 *in fine; Code des not. expliqué*, p. 121, *in fine* et p. 122.

mission, notamment les individus privés de raison ou en état d'ivresse complète, les aveugles et les sourds [1].

Pour le même motif, si les témoins n'entendent pas la langue des parties ou celle dans laquelle l'acte est rédigé, la présence d'un interprète est indispensable [2].

2173. Outre les diverses conditions que nous avons indiquées dans les trois précédents numéros, les témoins doivent réunir certaines conditions d'impartialité. Ainsi ne peuvent être témoins ni les parents ou alliés du notaire [3] ou des parties contractantes [4] au degré prohibé par l'art. 8 (c'est à dire en ligne directe, à tous les degrés, et, en ligne collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement), ni leurs clercs ou leurs serviteurs. Art. 10, al. 2 [5].

Il en est de même, nonobstant le silence de la loi à leur égard, des personnes qui sont parties dans l'acte et de celles qui ont dans celui-ci un intérêt personnel. Cette solution découle de la nature même des choses et on peut d'ailleurs invoquer à son appui un argument *a fortiori* tiré de la disposition de l'alinéa 2 de l'art. 10 précitée [6]. Ainsi le père,

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Tém. instrum.*, § 2, n. 2; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 31 (IX, p. 279); Demolombe, X, n. 192-195 *bis;* Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, n. 350; *Code des not. expliqué*, p. 122 *in fine.* — Civ. cass. belge, 13 déc. 1867 (sourd), *Pand. belges*, n. 145. — Cpr. Amiaud, *loc. cit.* — L'exclusion ne doit pas être étendue aux muets. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 32; Amiaud, *loc. cit.; Code des not. expliqué, op. cit.;* Demolombe, X, n. 192 s.; Laurent, XIII, n. 265.

(2) Douai, 1er juill. 1856, *Journ. des not.*, art. 15893. — V. aussi Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 30 et les autorités citées; *Code des not. expliqué*, p. 122. — V. cependant *Dict. du not.*, n. 40.

(3) L'arrêt du règlement du 4 septembre 1685 se bornait à faire défense au notaire « d'employer ses enfants ou domestiques pour témoins ». Mais V. aussi arrêt de règlement du 11 août 1607.

(4) La déclaration royale du 14 février 1737 défendait d'employer comme témoins dans les actes passés en matière de bénéfice, les parents ou alliés du résignant ou du résignataire jusqu'au degré de cousin germain inclusivement. Mais aucune prohibition de cette nature n'était prononcée pour les actes ordinaires.

(5) Que faut-il entendre ici par *clercs?* V. D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3319-3320 et *Suppl. au Rép. alph.*, *eod.* v°, n. 1448; et par *serviteurs?* V. D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1449.

(6) V. notamment Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Témoin instrumentaire*, n. 33 et 36 (IX, p. 280); Amiaud, *op. cit.*, v° *Témoins instrumentaires*, n. 20 (V, p. 80); Rutgeerts et Amiaud, n. 355 *bis;* Bastiné, *op. cit.*, n. 110; D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3317; *Code des not. expliqué*, p. 123.

étant, en sa qualité d'administrateur légal des biens de son enfant mineur, partie à l'acte de donation fait à celui-ci, ne saurait figurer comme témoin à cet acte ([1]).

Mais cette exclusion n'atteint pas les habitants d'une commune, relativement à l'acte qui est passé entre le maire et une autre personne ([2]).

Dans les testaments publics, ne peuvent être pris pour témoins ni les légataires, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. Art. 975. Ainsi, en ce qui regarde les testaments publics, ce texte étend aux parents ou alliés au degré de cousin germain la décision que l'art. 10 de la loi de ventôse ne consacre qu'à l'égard des parents ou alliés jusqu'au troisième degré seulement.

2174. Lorsqu'un des témoins ne réunit pas les conditions de capacité visées par les art. 9 et 10, l'acte, aux termes de l'art 68, est nul. De plus, le notaire à qui incombait la mission de choisir les témoins, peut être déclaré responsable.

Mais l'acte sera-t-il nul s'il y a été appelé un témoin qui, d'après l'opinion commune, était capable, alors qu'en réalité il ne l'était pas? On décide très généralement que, par application de la maxime *Error communis facit jus,* la capacité putative, c'est-à-dire apparente et notoire, suffit pour que l'acte soit maintenu ([3]). Il faut, toutefois, que l'erreur com-

([1]) Namur, 21 mars 1882, *Pasicr. belge*, 82. 1. 329.

([2]) V. notamment Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 37; Amiaud, *loc. cit.* (V, p. 81); D., *op.* et v° *cit.*, n. 3318; *Code des not. expliqué, loc. cit.*

([3]) Merlin, *Répert.*, v° *Témoins inst.*, § 2, n. 3; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Témoins instr.*, n. 41 (IX, p. 281); Coin-Delisle, *Don. et test.*, sur l'art. 980, n. 44; Duranton, XIII, n. 35; Troplong, *Don. et test.*, III, n. 1686 s.; Saintespès-Lescot, *Don. et test.*, IV, n. 1206; Bonnier, *op. cit.*, n. 478; Colmet de Santerre, IV, n. 125; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 103, § 439, texte et note 20; Gagneraux, *op. cit.*, n. 261; *Dict. du not.*, v° *Témoins*, n. 85; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, n. 339; Aubry et Rau, VII, p. 121, note 28; Demolombe, XXI, n. 220; Laurent, XIII, n. 284 s.; Huc, VI, n. 305 *in fine*, p. 384; *Code des not. expliqué*, p. 123-124. — Req., 28 fév. 1821, S. chr., VI, 1, n. 389. col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 3213-2°. — Metz, 28 mars 1822, S. chr., VII, 2. 50, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3213-3°. — Req., 10 mars 1824, S. chr., VII, 1. 412; 4 août 1824, S. chr., VII, 1. 510, D., *Répert. alph.*, v° *Obligation*, n. 3327-2°; 18 janv. 1830, S. chr., IX, 1. 429, D., *Rép. alph.*, v° *Entre vifs et test.*, n. 3213-1°; 28 juil. 1831, S., 32. 1. 174, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3327-1°. — Trib. Angers, 11 avril 1870, *Rev. not.*, n. 2856. — Montpellier, 17 avril 1847, S., 47. 2. 441, D. P., 47. 2. 121. — Paris, 16 janv. 1874, S., 74. 2. 137, D. P., 75. 2. 39. — Mont-

mune s'explique par une possession d'état fondée sur une série d'actes et de faits multipliés, propres à faire croire que le témoin est véritablement capable. L'acte n'échappe donc pas à la nullité par cela seul que le notaire a été induit en erreur sur la capacité. Il est nécessaire que la croyance erronée soit très répandue, qu'elle s'appuie sur une possession publique et paisible de l'état supposé (1).

Le point de savoir si l'erreur était assez générale pour être excusable et pour fonder la capacité putative est une question de fait qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement (2).

2° *Formalités imposées pour la rédaction des actes notariés.*

2175. En ce qui regarde les formalités prescrites pour la rédaction des actes notariés, les auteurs de la loi de ventôse n'ont guère eu qu'à reproduire les dispositions de nos anciennes ordonnances, notamment de celle de juillet 1304, d'octobre 1535, d'août 1539, de janvier 1560, de mai 1579, etc. C'est qu'il s'agit ici d'un objet dont on a toujours compris la gravité et qu'on s'est constamment appliqué, en conséquence, à régler avec le plus grand soin.

Les formalités dont il nous faut parler sont les suivantes : écriture, présence de certaines énonciations, annexe des procurations et autorisations, lecture et signature.

a. Ecriture.

2176. « Les actes des notaires, dit l'art. 13, seront *écrits*

pellier, 29 avril 1873, joint à Req., 6 mai 1874, S., 74. 1. 471, D. P., 74. 1. 412. — Req., 1er juil. 1874, S., 75. 1. 254, D. P., 75. 1. 157. — Paris, 24 avril 1882, *Rev. not.*, n. 6509. — Douai, 13 août 1884, S., 84. 2. 189. — D'après quelques auteurs, la capacité putative ne devrait être admise que lorsque l'incapacité résulte de l'extranéité ou de la privation des droits civils ; elle devrait donc être repoussée quand il s'agit de l'âge, de la parenté ou de l'alliance d'un témoin. Delvincourt, II, p. 528 ; Toullier, V, n. 407 ; Grenier, *Don. et test.*, I, n. 256 ; Vazeille, *Don. et test.*, II, sur l'art. 980, n. 13. — Cette distinction doit être rejetée. — Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 44 ; Demolombe, *loc. cit.* : Bastiné, *op. cit.*, n. 112 ; Amiaud, sur Rutgeerts, p. 571 ; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 35. — Req., 31 juil. 1834, S., 34. 1. 452. — Aix, 30 juil. 1838, S., 39. 2. 85. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3329-1°.

(1) Civ. cass., 24 juil. 1839, S., 39. 1. 653, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 3216. — V. aussi Amiens, 8 juillet 1873, S., 73. 2. 259, D. P., 74. 2. 91.

(2) Req., 28 fév. 1821, 18 janv. 1830 et 28 juil. 1831, précités.

en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune, ni intervalle... ».

Il est préférable, sans doute, que les notaires écrivent eux-mêmes leurs actes lorsqu'ils ne sont pas empêchés; mais ce n'est point là pour eux une obligation, sauf quand il s'agit d'un testament public ou d'un testament mystique. Art. 972 et 979 C. civ. (1). Ils peuvent donc, surtout dans les grands centres où ils sont particulièrement occupés, faire écrire ces actes par leurs clercs (2). Il faut même aller plus loin et dire qu'en l'absence d'un texte prohibitif, un acte ne serait pas annulable pour avoir été écrit par une personne étrangère à l'étude ou même par une des parties (3). Toutefois cette circonstance serait de nature à rendre l'acte suspect, et les juges pourraient y avoir égard en cas d'allégation de fraude. Il est donc sage de procéder autrement (4).

2177. De ce que l'art. 13 porte que les actes notariés seront *écrits,* faut-il conclure que les notaires ne peuvent pas employer, pour les actes d'un usage constant, par exemple pour les procurations, les lettres de change notariées et les protêts, des formules imprimées ou lithographiées? La question est discutée. C'est l'affirmative que nous croyons fondée. L'écriture présente ce grand avantage de garantir un examen spécial et une rédaction réfléchie. De plus, en disant que les actes doivent être écrits *lisiblement,* le législateur fait comprendre qu'il n'autorise pas les actes imprimés ou lithographiés. Enfin l'usage contraire, s'il prévalait, ne pourrait

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 237 (I, p. 260); Gagneraux, *op. cit.*, p. 79, n. 5; *Dict. du notar.*, n. 1815; *Encycl. du notar.*, n. 152; Génébrier, *op. cit.*, p. 287; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, n. 457, note 3; Amiaud, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 15 et 16; D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3408; *Code des not. expliqué*, p. 148.

(2) Cependant des défenses avaient été faites à cet égard aux notaires de Paris par des lettres-patentes de Philippe V, du 5 juin 1317; mais elles furent levées par d'autres lettres-patentes de François Ier du 1er septembre 1541.

(3) Loret, *Elém. de la science notariale*, I, p. 156; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 238; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 15; Larombière, V, p. 488 (art. 1317, n. 27); D., *Code des not. expliqué, loc. cit.* — On cite un arrêt de la cour de Nîmes, du 27 juin 1810, qui a déclaré valable un acte de donation entre-vifs dont la minute avait été écrite par le donateur lui-même. — Rien ne s'oppose à ce que différentes mains concourent à l'écriture d'un seul acte. Larombière, *op. cit.*

(4) Rolland de Villargues, Amiaud et *Code des not. expliqué, loc. cit.*

qu'altérer la dignité du notariat et diminuer son importance [1].

La chambre des notaires de Paris a d'abord décidé, par délibération du 21 mars 1839 « que les notaires ne doivent jamais recevoir, soit en minutes, soit en brevets, d'actes imprimés, lithographiés ou autographiés » et « qu'un notaire ne peut user de la lithographie ou de l'imprimerie pour la confection de ses expéditions, grosses ou extraits, qu'en cas de nécessité démontrée et avec l'autorisation des parties » [2]. Mais, dans la suite, par une autre délibération du 27 avril 1847, la même chambre, revenant en partie sur cette interdiction, a admis des exceptions pour les actes de sociétés commerciales, pour ceux qui concernent les administrations publiques et particulières et pour les certificats de vie [3].

2178. On estime avec raison que les actes notariés écrits au crayon seraient nuls. Comment admettre que le législateur, alors qu'il a prescrit des formalités minutieuses pour la rédaction de ces actes, puisse y tolérer une écriture aussi exposée à s'effacer? D'ailleurs, si les parties font les frais d'un acte notarié, c'est afin d'assurer la conservation de la preuve dont elles pourront avoir besoin. Cette idée, elle aussi, est inconciliable avec l'emploi de l'écriture au crayon [4].

Et même, d'après certains auteurs, comme les encres de couleur s'altèrent plus facilement que l'encre noire, il faut également en proscrire l'usage [5].

2179. Les actes notariés, ainsi d'ailleurs que les autres actes publics, doivent être écrits en langue française.

(1) *Sic*, *Dict. du notar.*, n. 189; Gagneraux, *op. cit.*, n. 9; Génébrier, *op. cit.*, p. 208; *Encycl. du notar.*, n. 153; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 458; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 12, al. 2; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3410; *Code des not. expliqué*, p. 148 *in fine* et p. 149; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 354. — *Contra* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 240; Carré, *Cours d'organ. judic.*, p. 406; Augan, *Cours de not.*, p. 57.

(2) V. cette délibération dans Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 241; Dalloz et *Code des not. expliqué*, *loc. cit.*

(3) Lansel, *Encycl. du notar.*, v° *Acte notarié*, n. 154.

(4) *Dict. du notar.*, v° *Ecriture*, n. 4 s.; Amiaud sur Rutgeerts, *op. cit.*, II, n. 458, note 3; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 13; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 355.

(5) Lansel, *Encyclopédie du notariat*, v° *Acte notarié*, n. 165; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

Cela peut facilement se justifier : les notaires sont des fonctionnaires à qui le gouvernement communique une partie de sa puissance ; ils doivent donc employer la langue officielle, la langue du pouvoir dont ils sont les représentants.

Ce principe était consacré par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, art. 111 (1). La loi du 2 thermidor an II disposait qu'à partir du jour de sa publication nul acte public ne pourrait, dans quelque partie que ce fût du territoire de la République, être écrit qu'en langue française (art. 1) et prononçait contre tout fonctionnaire ou officier public contrevenant la peine de six mois d'emprisonnement et de la destitution (art. 3) (2). Mais la loi du 16 fructidor de la même année suspendait l'exécution de la précédente loi jusqu'à ce qu'il eût été fait à la Convention nationale un nouveau rapport sur la matière par les comités de législation et d'instruction publique. Un arrêté du 24 prairial an XI accordait un délai d'un an pour la rédaction des actes en langue française dans les départements de la ci-devant Belgique, de la rive gauche du Rhin, d'au-delà des Alpes et autres, où l'usage se serait maintenu d'employer la langue particulière du pays (art. 1). Toutefois les notaires pouvaient, lorsqu'ils en étaient requis par les parties, écrire à mi-marge de la minute française, la traduction en idiome du pays (art. 2). Un décret du 20 juin 1806, applicable à certaines localités ultramontaines, fixa de nouveaux délais, passé lesquels : 1° il devait être pourvu au remplacement des officiers publics qui rédigeraient des actes autrement qu'en langue française ; 2° aucun candidat ne serait admis aux fonctions de notaire... sans avoir justifié de sa connaissance de la langue française. Enfin, un autre décret du 19 ventôse an XI portait un sursis indéfini, pour l'île de Corse et à l'égard des notaires et de quelques autres fonctionnaires et officiers publics, à l'emploi obligé de la langue française et défendait d'admettre à l'avenir à ces fonctions et office quiconque ne justifierait pas de sa connaissance de la langue française et de sa facilité à rédiger dans cette langue.

(1) Isambert, *Anc. lois franç.*, XII, p. 622 *in fine*.
(2) Sirey, *Lois nouv.*, 1re série, p. 302, col. 3 *in fine* et p. 303, col. 1.

S'ensuit-il que l'acte notarié écrit en langue étrangère soit nul? La question est controversée. La chambre des requêtes, dans un arrêt du 4 août 1859, après avoir posé en principe que les actes publics doivent être rédigés en langue française, s'est exprimée ainsi : « Attendu, quant au caractère de la règle et à sa sanction, que s'il est vrai que la peine de la nullité expressément portée dans divers édits et arrêts du conseil, tels que l'édit du mois de décembre 1683, enregistré le 4 janvier 1684 au parlement de Flandres, et l'arrêt du conseil du 30 janvier 1685 pour la province d'Alsace, ne se trouve pas de même écrite dans l'ordonnance d'août 1589 et si elle n'a pas été non plus répétée dans l'arrêté du 24 prairial an XI, cette peine, ici, est une sanction nécessaire de la règle et s'attache d'elle-même à l'infraction ; qu'en effet, il ne s'agit pas d'une de ces formes secondaires et de ces nullités de procédure auxquelles s'applique l'art. 1030 du C. pr. civ., mais d'un principe essentiel et de droit public qui importe à un haut degré à la bonne administration de la justice et garantit l'unité de la langue nationale » [1]. Mais, par son arrêt du 22 janvier 1879 la chambre des requêtes est revenue sur cette jurisprudence dans les termes suivants : « Attendu, en droit, que l'édit de décembre 1683, enregistré le 4 janvier 1684 au parlement de Flandres, l'arrêt du conseil du 30 janvier 1685, concernant l'Alsace, l'édit du mois de février 1700 et la déclaration du 24 mars 1754 pour le Roussillon, constituent des règlements purement locaux, qui demeurent sans application à la Corse; — Attendu que l'ordonnance d'août 1539, qui formait anciennement le droit commun de la France, quant à ce, avait prescrit l'emploi de la langue française dans la rédaction de tous les actes publics, mais n'avait point attaché la peine de nullité aux infractions à cette règle; — Attendu que le décret du 2 thermidor an II et l'arrêt du 24 prairial an XI, en consacrant à nouveau la règle ainsi établie, n'ont pas prononcé non plus la nullité des actes

[1] S., 60. 1. 239, D. P., 59. 1. 453. — *Adde* Req., 2 août 1868 (sol. impl.) D. P., 72. 1. 133 (nullité d'un testament authentique dressé en Corse et écrit en langue italienne). — Crim. rej., 15 janv. 1875, D. P., 75. 1. 240 (nullité d'un procès-verbal rédigé en langue italienne par un garde champêtre d'une commune de la Corse).

rédigés autrement qu'en français; qu'il est à remarquer même que le décret de l'an II édicte des peines spéciales contre les fonctionnaires ou officiers publics qui auront contrevenu à ses dispositions; — Attendu que les nullités, en cette matière, ne peuvent se suppléer, et que, de l'ensemble des lois précitées, il y a lieu d'inférer que le législateur a voulu éviter un système de pénalités dont la rigueur trop absolue aurait amené des perturbations funestes aux intérêts généraux des citoyens aussi bien qu'au crédit public » (1).

La seconde de ces thèses nous paraît de beaucoup la plus solide; elle est soutenue par la majeure partie de la doctrine. L'interprète de la loi ne saurait, même pour assurer le respect d'une prescription de la plus haute importance, créer une nullité. Le notaire contrevenant peut être frappé de peines disciplinaires; mais il n'y a pas d'autre sanction (2).

Les auteurs qui enseignent qu'un acte notarié rédigé en langue étrangère n'est pas valable, doivent du moins admettre que si un pareil acte est signé de toutes les parties contractantes, il vaut comme écriture privée, en vertu de la disposition de l'art. 68 de la loi de ventôse et de l'art. 1318 C. civ. Il n'est pas nécessaire, en effet, que les actes sous seing privé soient écrits en langue française (3).

Si le notaire en est requis par les parties, il peut et doit, aujourd'hui encore, en vertu de l'arrêté du 24 prairial an XI, art. 2, écrire à mi-marge de la minute, la traduction en lan-

(1) S., 79. 1. 70, D. P., 79. 1. 219. — *Adde* Bastia, 14 déc. 1874, S., 75. 2. 100; 17 janv. 1876, S., 76. 2. 164. — Dans les trois espèces, il s'agissait d'un contrat de mariage dressé en Corse et rédigé en langue italienne.

(2) *Sic* Merlin, v° *Langue française*, et *Quest.*, v° *Testament*, § 17, art. 3; Teste, *Encycl. du dr.*, v° *Acte*, § 7; Grenier, *Donations*, n. 255 *bis;* Favard, *Répert.*, v° *Langue française;* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Langue des actes*, n. 13; Vazeilles, *Donations et testam.*, sur l'art. 972; *Dict. du notar.*, v° *Langue*, n. 30; *Encycl. du notariat*, v° *Acte notarié*, n. 328 s.; Saintespès-Lescot, *Donat. et test.*, IV, n. 1354; Marcadé, IV, n. 23 *in fine;* Demolombe, XXI, n. 252 *bis*; Laurent, XIX, n. 115. — *Contra* Toullier, VIII, n. 101 (cet auteur avait d'abord adopté l'opinion contraire); Taulier, IV, p. 121; Larombière, V, p. 492-493 (art. 1317, n. 33); Aubry et Rau, VIII, p. 204, texte et note 23; Bonnier, *op. cit.*, n. 488; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 116; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 323.

(3) Toullier, VIII, n. 100; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 16-17; D , *op.* et v° *cit.*, n. 3445.

gue étrangère [1]. Toutefois il faut faire ici une distinction : si les témoins comprennent la langue étrangère, le notaire peut faire la traduction, car les témoins sont en état d'en contrôler l'exactitude. Si, au contraire, ces derniers n'entendent pas cette langue, il y a lieu à la nomination d'un interprète, le contrôle dont nous venons de parler n'étant plus possible [2].

Mais l'authenticité ne serait pas attachée à la traduction, et, par conséquent, en cas de doute sur le sens et la portée de l'acte, c'est à la rédaction française qu'il faudrait se référer. Les parties auraient toutefois, contre le notaire, en vertu de l'art. 1382, une action en responsabilité, si, par sa faute, une traduction erronée leur avait causé un préjudice [3].

Les dispositions qui prescrivent aux notaires d'écrire leurs actes en langue française concordent-elles avec celle de l'art. 972 C. civ. qui enjoint aux notaires d'écrire le testament *tel qu'il leur est dicté?* Nous ne faisons que rappeler la question ; nous n'avons pas à l'examiner [4].

2180. Les actes notariés doivent être écrits *lisiblement;* en d'autres termes, il faut qu'on puisse voir et non pas qu'on soit dans la nécessité de deviner ce qui s'y trouve écrit. C'est ce qu'exigeaient déjà expressément l'ordonnance de juillet 1304, art. 3, l'arrêt de règlement du 4 septembre 1685, et l'édit de Lorraine du 14 août 1721, art. 51, qui prescrivait, au surplus, d'écrire en un caractère plus gros que le reste de l'acte les noms propres et les sommes. Les actes notariés ne peuvent donc pas être écrits en caractères sténographiques, ou, plus généralement, en caractères autres que ceux habituellement employés.

Une signature mal orthographiée ou presque illisible n'entraîne pas la nullité de l'acte. Cette observation vise surtout les signatures des parties ou des témoins. Le notaire ne peut

(1) Rolland de Villargues. *op. cit.*, v° *Langue des actes*, n. 8; D.. *op.* et v° *cit.*, n. 3441; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 327; *Code des not. expliqué*, p. 150 *in fine*.

(2) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Interprète*, n. 3; D., *loc. cit.*

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Langue des actes*, n. 12 et v° *Traduction*, n. 13; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 328.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. entre vifs ou test.*, II, n. 2049-2050.

pas imposer à ces personnes un certain mode de signature [1].

Le notaire, évidemment, ne saurait être déclaré responsable quand un acte, écrit lisiblement, a été rendu ensuite illisible par des accidents qui ne lui sont pas imputables. Les intéressés sont admis d'ailleurs à prouver par témoins l'accident qui a produit l'illisibilité, notamment la corruption du papier par l'humidité ou son altération par des agents chimiques [2].

2181. Les actes notariés seront écrits « en un seul et même contexte ». L'interprétation qui est généralement donnée de ces derniers mots est ainsi énoncée par M. Massé : « Il ne faut pas entendre par ces mots *un seul et même contexte* que l'acte doit être écrit tout entier de la même main, mais seulement que la contexture de l'acte doit être uniforme, c'est-à-dire le caractère de l'écriture être à peu près de la même grosseur et les lignes également espacées. On a voulu éviter par là que le notaire laissât dans son acte des blancs pour ne les remplir qu'après la signature des parties avec un caractère plus ou moins gros, suivant que la clause ajoutée serait plus ou moins longue, proportionnellement au blanc laissé » [3]. Pour expliquer ainsi le terme *contexte,* on se fonde sur ce que ce mot est suivi de ceux *lisiblement, sans abréviations*. Ce qui paraît bien démontrer que, dans l'art. 13, *contexte* signifie le corps écrit de l'acte, et non pas, comme dans la locution *uno contextu* des lois romaines [4], l'unité de temps dans la rédaction, c'est-à-dire la rédaction effectuée de suite et sans divertir à d'autres actes [5]. C'est d'ailleurs l'idée que l'ordonnance de 1535, relative à l'administration de la justice en Provence, exprimait dans son chapitre intitulé *Des notaires royaux* quand elle disposait que l'acte devait être

(1) D., *op.* et v° *cit.*, n. 3525; *Code des not. expliqué*, p. 154.

(2) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Illisible*, n. 5 (V, p. 250); Génébrier, *op. cit.*, p. 289; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 457; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3417; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 361; *Code des not. expliqué*, p. 154.

(3) *Le parfait notaire ou la science du notariat*, liv. I, ch. 20.

(4) L. 21, § 3, D., *Qui testam. fac. poss.*; L. 21, C., *De testam.*

(5) V. not. Accarias, *Pr. de dr. rom.*, 4e éd., I, n. 321, p. 853.

« *escrit tout d'un datille* » (1). On voit donc qu'il n'est pas interdit de faire un acte à plusieurs reprises, pourvu que sa rédaction soit d'*un seul contexte,* dans le sens que nous venons d'assigner à ces derniers mots (2). Aussi arrive-t-il souvent qu'on appose plusieurs dates au bas d'un acte notarié (3). Cette règle ne comporte qu'une exception relative aux testaments mystiques.

2182. Ainsi, en disant que les actes notariés seront écrits « sans blanc, lacune ni intervalle », l'article 13 développe simplement le sens du mot *contexte* (4). On entend par *blanc* un espace dans lequel il n'a pas été tracé d'écriture (5); par *lacune,* la solution de continuité qui porte non seulement sur l'écriture, mais aussi sur le texte même de l'acte; par *intervalle,* un vide anormal laissé entre les lignes (6).

De ce qu'il est interdit de laisser des blancs, il ne s'ensuit point qu'on ne puisse pas établir des alinéas (7). Toutefois la chambre des notaires de Paris a pris, le 28 pluviôse an XII, un arrêté recommandant aux notaires du ressort de tirer des traits de plumes pour remplir les blancs laissés par les alinéas, tant dans les expéditions que dans les minutes (8).

(1) Ch. XIX, art. 8, Isambert, *Anc. lois franç.*, XII, p. 483 : « Quand esdits registres et livres de prothocolle, il n'y aura rien au blanc, ains sera escrit tout d'un datille, sans y faire apostille en marge ny en teste, n'interlinéature, ne qu'ils y laissent aucun blanc entremy ».

(2) *Sic* Duranton, IX, n. 59, et XIII, n. 43; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 242 (I, p. 260-262), et v° *Contexte*, n. 2 et 3, III, p. 211 *in fine* 214, *Dict. du not.*, n. 192 s.; *Encycl. du not.*, n. 159; Fabvier-Coulomb, *op. cit.*, p. 33, n. 43; Génébrier, *op. cit.*, p. 248; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 461; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 14; Demolombe, XXI, n. 240; Laurent, XIII, n. 296; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, v° *Acte notarié*, n. 364; *Code des not. expliqué*, p. 153. — *Contra* Loret, *Elém. de la science not.*, sur l'art. 13; Augan, *Cours de not.*, p. 57; Berriat-Saint-Prix, p. 87.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Contexte*, n. 4.

(4) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Contexte*, n. 2 *in fine* (III, p. 213, col. 2).

(5) Il arrive quelquefois que des notaires, pour prolonger le délai de l'enregistrement, laissent en blanc la date de leurs actes. C'est là incontestablement un abus. Toullier, VIII, n. 106.

(6) Rutgeerts, *op. cit.*, II, n. 465; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 190-192.

(7) Trib. d'Oléron, 15 mars 1838, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3426. — *Sic* tous les auteurs.

(8) *Dict. du notar.*, v° *Blanc*, n. 2; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Blanc*, n. 5; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 193.

Cependant il arrive quelquefois que les notaires sont obligés de laisser des blancs, notamment lorsque les parties ne leur fournissent pas tous les renseignements dont ils auraient besoin pour dresser l'acte entièrement, ou encore lorsque, n'étant pas d'accord sur une clause, elles en réservent les termes et passent à la rédaction des suivantes. En pareil cas, il est d'usage de tracer autant de barres horizontales qu'il y aurait eu de lignes d'écriture. Ces barres doivent être approuvées par les parties, et il faut que cette approbation soit donnée au moment même de la signature de l'acte (1).

2183. Les actes notariés doivent être écrits « sans abréviation ». Il y a abréviation lorsqu'on supprime des lettres dans un mot ou des mots dans une phrase (2). Cette prescription figurait déjà dans l'ordonnance de 1304, art. 3, dans l'arrêt de règlement du 4 septembre 1685 et dans l'édit de Lorraine de 1721, art. 60. Elle concerne avant tout les noms, dates et sommes. Mais l'art. 13 de la loi de ventôse, en la reproduisant, la formule en termes généraux (3). Toutefois, tandis que l'art. 16 prononce la nullité des surcharges, interlignes ou additions, l'art. 13 ne fait pas de même pour les abréviations. Celles-ci, par suite, n'emportent nullité que si elles ont pour conséquence de rendre une clause inintelligible ou d'empêcher de lire la mention constatant l'accomplissement d'une

(1) V. circ. du garde des sceaux, du 8 juillet 1823, reproduite dans une instruction du directeur de l'enregistrement du 9 août 1823, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3426, XXXIII, p. 759, note 1. — Circ. du garde des sceaux du 30 août 1825, D., même vol., p. 760, note 1. — Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 196.

(2) Il s'ensuit, notamment, que les abréviations suivantes sont défendues : *Nore* pour *notaire; Soe* pour *somme; signif.* pour *signification; oblig.* pour *obligation.* — Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Abréviation*, n. 9; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3419; *Code des not. expliqué*, p. 155. — Sont également défendues les abréviations qu'on emploie pour l'indication des mois, par exemple Xbre, 8bre pour décembre et octobre. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Abréviation*, n. 10; *Dict. du notar.*, v° *Abréviation*, n. 3; Amiaud, *op. cit.*, n. 184; Dalloz et *Code des not. expliqué*, *loc. cit.*

(3) Cependant on n'applique pas la prohibition dont il s'agit à certaines abréviations consacrées par l'usage, telles que *Me*, *Mr*, *Mme*, *Mlle*, *led.*, *lad.*, *vol.*, *C.*, *No*, *Ro*, *Vo*, pour *maître*, *monsieur*, *madame*, *mademoiselle*, *ledit*, *ladite*, *volume*, *case*, *numéro*, *recto*, *verso*. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 4 et 5; *Dict. du not.*, v° *cit.*, n. 4; Amiaud, *op. cit.*, n. 182 *in fine* et 183; D., *op.* v° *cit.*, n. 3419; *Code des not. expliqué*, *loc. cit.*

formalité exigée à peine de nullité. Dans cette hypothèse, le notaire, non seulement encourrait l'amende, mais pourrait être déclaré responsable envers les parties [1].

2184. Les actes notariés « énonceront en toutes lettres les sommes et les dates ». Art. 13. Cette disposition est empruntée à l'ordonnance d'octobre 1535, à l'arrêt de règlement du 4 septembre 1685 et à l'édit de Lorraine de 1721, art. 60. D'après la jurisprudence [2], par l'expression *sommes*, l'art. 13 vise toute quantité, tout nombre d'objets mentionnés dans les actes notariés. Il résulte de la prescription qui nous occupe que la date des actes visés dans un acte notarié doit être énoncée en toutes lettres et non pas seulement en chiffres.

Toutefois la règle dont il s'agit ne paraît pas faire obstacle à ce que le notaire emploie des chiffres lorsqu'ils ne font que répéter des sommes déjà exprimées en toutes lettres.

En pratique, d'ailleurs, on admet quelques exceptions. C'est ainsi que, d'après une lettre du ministre des finances, de juillet 1831, la date de la naissance peut être exprimée en chiffres dans un certificat de vie [3].

2185. Les diverses prescriptions dont nous venons de parler et qui sont relatives à l'unité de contexte, à l'obligation d'écrire lisiblement, à l'interdiction des abréviations, blancs, lacunes et intervalles, ont toutes la même sanction, qui consiste seulement en une amende de 100 fr. (réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824) contre le notaire contrevenant. Art. 13 [4]. L'inobservation de ces prescriptions n'entraîne donc pas la nullité de l'acte [5].

Pour encourir l'amende, il suffit d'en avoir violé une ; mais lorsque le même acte contient plusieurs contraventions de même nature, il n'est dû qu'une seule amende [6].

(1) D., *op.* v° *cit.*, n. 3418 : *Code des not. expliqué*, p. 154.

(2) Trib. Dinant, 15 mars 1856, Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 386.

(3) Gagneraux, *op. cit.*, p. 84, n. 43.

(4) D., *op.* v° *cit.*, n. 3407.

(5) V. toutefois *supra*, n. 2181 *in fine*.

(6) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 256, et v° *Amende*, n. 18 ; Génébrier, *op. cit.*, p. 318 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 511 *bis* ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3424 ; *Code des not. expliqué*, p. 156.

Il n'est pas besoin que l'acte entier soit illisible pour que la sanction soit applicable ; il suffit qu'il soit illisible dans ses parties les plus importantes (1).

2186. L'art. 15 réglemente les renvois et apostilles. On entend plus particulièrement par *renvoi* le signe, d'ordinaire une croix, qui, dans un acte, correspond à un autre signe semblable, tracé en marge. On appelle *apostille* l'addition placée à la suite et au-dessous du renvoi. Mais, dans le langage courant, le terme *renvoi* comprend à la fois le signe et l'apostille (2).

L'usage des renvois et apostilles permet soit de réparer les omissions ou les erreurs, soit d'expliquer le sens d'une clause ou d'une expression qui paraît obscure et ambiguë (3).

En principe, les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge (4) ; ils doivent être signés (5) et paraphés (6), tant par le notaire que par les parties contractantes et les témoins (7), à peine de nullité (8).

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 243 ; *Dict. du notar.*, v° *Illisible*, n. 5 ; Bastiné, *op. cit.*, n. 135.

(2) Amiaud, *op. cit.* et v° *cit.*, n. 229 ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3564 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 397 ; *Code des not. expliqué*, p. 194.

(3) Loret, *Eléments de la science notariale*, sur l'art. 15.

(4) L'ordonnance de François 1er, d'octobre 1535, voulait que les apostilles fussent mises à la fin de l'acte et au-dessous, avant qu'il fût signé, et quelles fussent signées *si près de la lettre* qu'on ne pût rien y ajouter. Mais, comme la faculté de placer les renvois à la fin de l'acte donna lieu à des abus, l'arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 4 septembre 1685, décida que ce qui serait ajouté aux actes fût, *à l'instant même de leur passation*, expressément approuvé et parafé par les parties, les témoins et le notaire et « à condition que ce qui sera ajouté n'entrera point dans la signature des parties, des témoins et notaire, à peine de nullité des actes ». Cette disposition est à peu près reproduite dans l'art. 15 de la loi de ventôse. — V. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Renvoi*, n. 22.

(5) Quand les parties ne savent ou ne peuvent signer ou parapher, la déclaration qu'elles font à ce sujet implique approbation comme s'il s'agissait de l'acte lui-même. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Renvoi*, n. 12, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3572.

(6) On appelle paraphe soit un trait de plume spécial ajouté à la signature, soit les lettres initiales des nom et prénoms. Cette dernière espèce de paraphe est admise par la jurisprudence. D., *op.* et v° *cit.*, n. 3567-3568. — Bourges, 9 mars 1836, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 984.

(7) Arrêt du règlement du 4 septembre 1685, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3571. — Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 403 ; *Code des not. expliqué*, p. 196 *in fine* et 197. — Alger, 11 déc. 1861, S., 62. 1. 61.

(8) La violation des règles écrites dont l'art. 15 ne donne plus lieu à l'amende

Cependant, par exception, quand sa longueur l'exige, un renvoi peut être rejeté à la fin de l'acte [1]. Il doit alors être non seulement signé ou paraphé comme les renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvé par les parties à peine de nullité. Art. 15.

La signature unique pour tout l'acte, même avec approbation, serait insuffisante. Une signature spéciale et une approbation expresse sont indispensables [2]. Si, dans ce dernier cas, la loi est plus exigeante, c'est parce que, à raison de la longueur de l'apostille, il est naturel de présumer qu'elle a pour objet de modifier les clauses de l'acte ou même de lui en ajouter de nouvelles [3].

Toutefois, s'il est dans le vœu de la loi qu'un renvoi ne

contre le notaire. Elle entraîne seulement la nullité des renvois. — Sect. civ. rej., 24 avril 1809, S. chr., III, 1, n. 51, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3424. — Rennes, 5 mai 1831, S., 35. 2. 48, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3589. — Bourges, 19 janv. 1838, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3589, P., 38. 2. 615. — Douai, 18 mai 1841, S., 42. 2. 71, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3486 2°. — On pourrait cependant agir en responsabilité contre le notaire, s'il y avait lieu. Génébrier, *op. cit.*, p. 347 ; Loret, *op. cit.*, I, p. 250 ; Bastiné, *op. cit.*, n. 153 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, n. 556 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejonan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 426. — On pourrait aussi le poursuivre disciplinairement. Gand, 2 fév. 1884.

(1) Dans ce cas, il est bon de l'écrire après la formule de clôture, afin qu'il ne se confonde pas avec les clauses de l'acte. Il peut, par conséquent, être mis après les mots *fait et passé*, etc...

On peut le placer avant les signatures, car le législateur, par ces mots *fin de l'acte*, entend la fin des clauses et énonciations renfermées dans celui-ci. Toutefois, comme la loi ne précise pas le sens de ces expressions, les renvois qui seraient écrits après les signatures ne seraient pas nuls. D., *op.* et v° *cit.*, n. 3576 ; *Code des not. expliqué*, p. 198. — Civ. cass., 23 mars 1829, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2812-4°. — Civ. rej., 13 août 1844, S., 44. 1. 791. — Cpr. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Renvoi*, n. 22 ; Loret, *op. cit.*, I, sur l'art. 15 ; Gagneraux, *op. cit.*, p. 93 ; *Dict. du not.*, n. 49 ; Génébrier, *op. cit.*, p. 342 ; Amiaud sur Rutgeerts, *op. cit.*, II, n. 555, p. 802, note 1.

(2) Cpr. Augan, p. 67-68 ; Aubry et Rau, VIII, p. 206, note 35 ; Larombière, V, p. 487 (art. 1317, n. 24), D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3578 ; *Code des not. expliqué*, p. 198-199 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 417. — Civ. cass., 23 mars 1829, S. chr., IX, I. 259. — Lyon, 18 janvier 1832, S., 32. 2. 363. D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2812-3°. — Grenoble, 26 déc. 1832, S., 33. 2. 233, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3578-1°. — Gand, 1er déc. 1843, D., *ibid.* — Quand il y a plusieurs renvois à la fin de l'acte, chacun d'eux doit être revêtu des signature et paraphe et approuvé expressément. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 27, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3582 ; *Code des not. expliqué*, p. 200.

(3) Loret, *op. cit.*, I, p. 289.

soit transporté à la fin de l'acte que lorsque sa longueur le rend nécessaire, la loi ne prononce pas de nullité à cet égard.

La cour d'Angers a, en conséquence, jugé, par un arrêt du 20 mai 1825, qu'un renvoi composé seulement de trois lettres ne saurait être annulé pour avoir été placé à la fin de l'acte (1).

Les autres contraventions aux dispositions de l'art. 15 entraînent la nullité du renvoi, mais non celle de l'acte lui-même. Le renvoi seulement est considéré comme non écrit (2). Cependant l'acte lui-même serait nul si le renvoi avait été fait pour accomplir une formalité essentielle. Dans ce cas, la nullité de ce dernier serait la conséquence de celle du renvoi (3).

Les dispositions de l'art. 15 sont applicables aux testaments par acte public, car le Code civil a, par son silence, renvoyé implicitement aux règles qui gouvernent les actes notariés en général (4).

2187. Le législateur, voulant empêcher qu'on puisse modifier les actes notariés, dispose ainsi dans l'art. 16 : « Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte... ».

Une *surcharge* consiste à tracer une écriture sur une autre de manière à déguiser celle-ci (5). La loi entend ici par inter-

(1) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 18, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2812-4° ; *Code des not. expliqué*, p. 197 *in fine* et 198.

(2) Aubry et Rau, VIII, p. 206 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, 556. — Req., 24 nov. 1835, S., 36. 1. 106, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2813. — Douai, 18 mai 1841, S., 42. 2. 71, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3486-2°. — Caen, 18 juil. 1854, *Dict. du not.*, n. 84.

(3) Il en serait ainsi, par exemple, si le renvoi avait eu pour objet les mentions relatives aux signatures. L. 25 ventôse an XI, art. 14 et 68 ; Duranton, XIII, n. 50 ; Rutgeerts et Amiaud, *op.* et *loc. cit.*

(4) Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 230, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3566 *in fine ;* Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 400 ; *Code des not. expl.*, p. 195. — Grenoble, 26 déc. 1832, précité. — Cpr. Req., 30 juil. 1856, S., 57. 1. 265, D. P., 57. 1. 92.

(5) Pour qu'il y ait surcharge proprement dite, surcharge défendue, il faut que le changement apporté dans les lettres ait pour résultat de former un mot nouveau. On ne pourrait donc pas considérer comme une surcharge, soit le rétablissement d'une lettre ou d'un jambage omis, soit, du moins en principe, la correction d'une faute d'orthographe. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Surcharge*, n. 4, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3609 ; Rutgeerts et Amiaud, II, n. 557 ; *Code des not. expliqué*, p. 209.

ligne les mots écrits après coup dans l'espace laissé entre les lignes d'un acte. Enfin on appelle *addition* tout ce qui est ajouté dans le corps d'un acte [1]; mais, par cette expression, l'art. 16 vise spécialement l'écriture tracée après coup dans le vide qui sépare les alinéas; car, dans les autres cas, il y a surcharge ou interligne [2].

L'observation de la prohibition qui nous occupe est assurée par une double sanction : « Les mots surchargés, interlignés ou ajoutés seront nuls ». Art. 16. Que veut dire le législateur quand il parle de « mots *surchargés* »? A-t-il en vue seulement les mot tracés sur d'autres, ou aussi les mots primitivement écrits? D'après nous, c'est la première interprétation qui est exacte. Cela résulte de ce que l'art. 16 comprend dans la même disposition les surcharges, interlignes et additions, en d'autres termes, tout ce qui est de nature à modifier la portée de l'acte. La nullité ne s'applique donc, à notre avis, qu'aux mots ajoutés; elle n'atteint pas les mots primitifs quand ils sont reconnaissables et qu'ils ne contredisent pas quelque disposition de l'acte [3].

Il faut, d'ailleurs, assimiler aux mots surchargés ceux qui ont été substitués à d'autres après un grattage [4].

La nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés entraîne celle de l'acte lui-même quand il s'agit de mots essentiels, en l'absence desquels l'acte ne saurait subsister [5].

— Mais la surcharge est illégale même lorsqu'elle porte sur des mots insignifiants et qui ne peuvent pas changer le sens de la clause : « Attendu que la loi est générale et qu'il serait dangereux que la loi reçût à cet égard la moindre modification; que peu importe, dès lors, la valeur des mots surchargés ». Déc. min. fin., 8 nov. 1814. — V. Paris, 6 déc. 1853 (changement du mot *elle* en *il*), D. P., 54. 5. 600.

[1] Il y a non seulement les additions de mots, mais aussi les additions de lettres qui sont faites soit pour substituer le pluriel au singulier, soit pour changer les dates, les sommes, etc. Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Addition*, n. 9.

[2] D., *op.* et v° *cit.*, n. 3599; Gagneraux, *op. cit.*, p. 95-96, n. 2 s.; *Code des not. expliqué*, p. 207.

[3] *Sic* D., *op.* et v° *cit.*, n. 3617-3618; *Dict. du not.*, n. 22; Génébrier, *op. cit.*, p. 351; *Code des not. expliqué*, p. 208 et 212. — *Contra* Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 562. — V. pour des applications. D., *op.* et v° *cit.*, n. 3610-3611; *Code des not. expliqué*, p. 213-217.

[4] D., *op.* et v° *cit.*, n. 3613; *Code des not. expliqué*, p. 210. — Bruxelles, 28 juillet 1830, S., 31. 2. 61, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3650.

[5] Merlin, *Répert.*, v° *Ratification*, § 9; Duranton, XIII, n. 52; Bonnier, *op.*

Mais la nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés n'est pas la seule sanction établie par l'art. 16. Ce texte prononce en outre contre le notaire une amende de 50 francs (réduite à 10 francs par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824), sans préjudice de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude (1). Mais on décide que toutes les contraventions à l'art. 16 qui ont été commises dans le même acte ne rendent le notaire passible que d'une seule amende (2).

Les parties pourraient mettre obstacle à l'annulation en approuvant expressément les interlignes, les additions ou les surcharges (3). Toutefois, en ce qui concerne ces dernières, il faudrait en outre que les parties fissent reproduire à la marge ou à la fin de l'acte les mots retouchés; mais alors elles feraient en réalité de simples renvois, et il y aurait superfétation (4).

Mais nous ne pensons pas que le notaire puisse, en faisant approuver par les parties les mots ajoutés, interlignés ou surchargés, éviter les pénalités établies par l'art. 16 (5).

Ajoutons que si la contravention prévue par ce texte était postérieure à la réception de l'acte et faite avec l'intention de nuire, elle pourrait constituer le crime de faux (6).

Dans les actes sous-seing privé, au contraire, les surcharges,

cit., n. 487. — V. notamm. pour des espèces où il s'agissait de testaments publics, Aix, 15 janv. 1824, S. chr.. VII, 2, 292, col. 3. — Nîmes, 22 juin 1841, D. P., *Dispos. entre-vifs et testam.*, n. 2815-2°, P., 41, 2. 158.

(1) Paris, 25 avril 1870, *Journ. des not.*, art. 19909.

(2) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Amende*, n. 18, v° *Surcharge*, n. 31 ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3602; *Code des not. expliqué*, p. 207. — Req., 24 avril 1809, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3424.

(3) Déc. min. just., 17 janv. 1817, Dalloz, *op.* v° *cit.*, n. 3604; Toullier, VIII, n. 110.

(4) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Surcharge*, n. 12-13; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3617; *Code des not. expliqué*, p. 217.

(5) *Sic* Gagneraux, *op. cit.*, p. 98, n. 28; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 561; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3614; *Code des not. expliqué*, p. 210-211. — Trib. Vire, 1er fév. 1840, *Jurispr. du not.*, art. 4043. — Trib. d'Avesnes, 15 sept. 1840, même rec., 5633. — Trib. Châteaubriant, 1er juill. 1841, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3614, XXXIII, n. 782, note 1. — Rennes, 14 mars 1843, *Jurispr. du not.*, n. 6066. — *Contra* Toullier, VIII, n. 110; Rolland de Villargues, v° *Surcharge*, n. 26 et 28; Clerc, *Tr. gén. du notar.*, n. 1709.

(6) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Addition*, n. 142. Sect. crim., 24 fév. 1809, S. chr., III, 1. 27, col. 2.

interlignes ou additions doivent produire leur effet, quand telle paraît être la volonté des parties [1].

2188. « Les mots qui devront être rayés le seront de manière que le nombre en puisse être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et approuvé de la même manière que les renvois écrits en marge ». Art. 16. L'arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 4 septembre 1685, défendait aux notaires de raturer soit des lignes entières, soit des mots, sans faire approuver la rature à la marge et sans faire signer l'approbation par les parties et les témoins; il voulait, en outre, que les ratures fussent faites *par une barre ou un trait de plume simple passant sur les mots,* afin de pouvoir *compter et distinguer facilement la quantité de mots rayés,* à peine d'amende arbitraire [2]. Aujourd'hui encore, les ratures doivent être ainsi opérées [3].

Pour éviter les méprises, les notaires prudents numérotent les mots rayés.

Lorsque les ratures portent sur des lignes entières, on satisfait suffisamment à la loi en constatant le nombre de lignes rayées et en y ajoutant le nombre des mots épars qui peuvent avoir été raturés dans l'acte [4]. Cependant, comme l'article 16 dit formellement que les mots rayés doivent être comptés, beaucoup de notaires, lorsqu'ils raturent des lignes entières, ont le soin de numéroter, non pas seulement les lignes rayées, mais les mots qu'elles renferment.

D'ordinaire l'approbation se fait en ces termes : *Rayé tant de mots ou tant de lignes comme nulles... Approuvé tant de mots ou de lignes comme nulles.* Mais, en ce qui la regarde, il n'y a pas de formule sacramentelle [5].

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Interligne*, n. 8. v° *Surcharge*, n. 1; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3606; *Code des not. expliqué*, 207 *in fine*.

(2) Rolland de Villargues, *Code du notar.*; Gagneraux, *op. cit.*, p. 96. n. 9; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3649. — Des dispositions concernant les ratures se trouvent aussi dans l'édit de février 1719, dans l'édit de Lorraine du 14 août 1721, art. 66, dans l'arrêt du conseil du 21 janvier 1723.

(3) Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Rature*, n. 3.

(4) Loret, *op. cit.*, sur l'art. 16: Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 5; Gagneraux, *op. cit.*, p. 96, n. 11; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 2652: Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 486; *Code des notaires expliqué*, p. 221.

(5) Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 490. —

Les ratures, d'après l'article 16, doivent être approuvées *de la même manière que les renvois écrits en marge.* Il s'ensuit que l'approbation doit être signée par les parties, les témoins et le notaire. La signature de ce dernier ne suffirait pas [1].

L'approbation ne peut être placée qu'en marge ou à la fin de l'acte. Elle ne saurait être insérée immédiatement après la rature dans le corps même de l'acte. Ce mode d'approbation serait certainement contraire à la loi, car il introduirait une addition dans l'acte [2].

Quand l'approbation est placée à la fin de l'acte, il faut, alors même qu'elle ait été écrite avant la signature de celui-ci, qu'elle soit revêtue d'une signature spéciale de la part du notaire, des parties et des témoins. La signature qui termine l'acte serait insuffisante [3].

Les formalités relatives aux ratures sont prescrites « à peine d'une amende de 50 fr. (réduite à 10 fr. par la loi du 16 juin 1824) [4], ainsi que tous les dommages intérêts, même de la destitution en cas de fraude ». Art. 16.

La loi ne dit pas quel est le sort des mots rayés, lorsqu'ils n'ont pas été approuvés ou que l'approbation qui en a été faite est irrégulière. Il semble que, dans cette hypothèse, les

Peu importe que la mention des mots rayés se fasse en exprimant le total de ces mots en une ou plusieurs fois. Il est donc indifférent, par exemple, qu'elle soit formulée en ces termes *approuvé quatre mots rayés comme nuls, plus cinq mots rayés comme nuls,* ou de cette autre façon *approuvé neuf mots rayés comme nuls.* Trib. de Fougères, 25 janv. 1845, D., 45. 4. 420.

[1] Toullier, VIII, n. 127 et 129; Amiaud sur Rutgeerts, II, p. 823, n. 574, note 3; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3654; *Dict. du notar.*, n. 34; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 498; *Code des not. expliqué,* p. 222.

[2] Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 12; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3656.

[3] *Sic* Dalloz et *Code des not. expliqué, loc. cit.* — Montpellier, 13 fév. 1829, S. chr., IX, 2. 208, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 2812-1°. — Trib. Mirecourt, 15 avril 1844, Lansel, *Encycl. du notar.*, n. 256, D. P., 45. 5. 420. — Trib. Bruxelles, 29 mars 1849, Trib. Namur, 25 juin 1856, Trib. Saint-Dié, 20 juin 1866, *Encycl. du notar.*, *ibid.* — *Contra* Déc. min. fin., 8 nov. 1814. — Trib. d'Oléron, 15 mars 1838, Lansel, *Encycl. du notar.*, v° *Acte notarié,* n. 257.

[4] Il y a lieu à autant d'amendes qu'il y a d'actes dans lesquels le notaire a enfreint la disposition de l'art. 16. Bourges, 19 janv. 1838, D., *op.* et v° *cit.*, 3660 et 3589.

ratures doivent être considérées comme inexistantes et que les mots rayés doivent être rétablis [1].

Les notaires ne peuvent pas, dans leurs actes, faire disparaître des mots à l'aide du grattoir. Cela résulte suffisamment de ce que la loi veut que les ratures soient faites de manière que les mots rayés restent lisibles [2].

b. Enonciations que doivent contenir les actes notariés.

2189. Plusieurs énonciations doivent figurer dans les actes notariés. Mais la sanction n'est pas la même pour toutes.

Les unes doivent être insérées à peine d'amende seulement; les autres, à peine de nullité. Nous les diviserons, par suite, en deux catégories.

2190. *Première catégorie :* Énonciations dont l'omission est sanctionnée par une amende.

α « Tous les actes doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit à peine de 100 fr. d'amende (cette amende a été réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824) contre le notaire contrevenant ». Art. 12, al. 1er.

La mention du nom du notaire était imposée par les ordonnances de 1304 et de 1539; mais les autres prescrivaient seulement l'énonciation de sa qualité et de sa résidence, et l'usage était conforme.

Du moment que la loi de ventôse exige que le nom du notaire soit énoncé, il y aurait contravention si l'acte portait simplement « Pardevant le notaire soussigné » [3]. La signature apposée par le notaire à la fin de l'acte ne saurait être considérée comme complétant l'énonciation. D'autant plus que, suivant la remarque de Loret, la mention du nom est, sinon nécessaire, du moins utile pour confirmer la signature elle-même.

La loi n'exige pas l'énonciation des prénoms. Il est bon cependant de les mentionner lorsqu'il y a dans la résidence deux notaires du même nom.

[1] Toullier, VIII, n. 128. — Montpellier, 13 fév. 1829, précité. — V. cependan Lyon, 18 janv. 1832 (solut. impl.), S., 32. 2. 363.

[2] Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 567.

[3] D., *op.* et v° *cit.*, n. 3360; *Code des not. expliqué*. p. 139.

La qualité du notaire doit être mentionnée dans l'acte, car c'est elle qui lui donne l'authenticité. Mais est-elle requise à peine de nullité? La question est discutée à raison du silence de la loi. Nous résoudrons la question par la négative (1). Mais, en pratique, elle ne pourra guère se poser : la qualité du notaire ressortira presque toujours de l'ensemble de l'acte. Et cela suffira, car non seulement la loi n'impose pas ici de termes sacramentels, mais elle n'exige même pas expressément l'énonciation de la qualité (2).

L'indication du lieu de la résidence est destinée à prouver que le notaire a instrumenté dans son ressort. L'art. 12 a donc en vue la résidence *légale*. Si plusieurs communes portaient le même nom, il serait utile de mentionner le canton et le département. L'énonciation de la résidence, comme celle du nom du notaire, n'est requise qu'à peine d'amende. C'est ce qu'on décidait sous l'empire de la loi du 6 octobre 1791, et cette solution est encore exacte aujourd'hui (3).

Quant au notaire en second, la mention de son nom dans l'acte n'est pas imposée. L'usage est conforme, et il se fonde sur ce que l'art. 12 exige seulement l'énonciation du nom du notaire *qui reçoit l'acte*. Au surplus, l'ordonnance de 1539, dans son art. 175, s'exprimait déjà en ce sens (4). Il suffit, en conséquence, que le notaire en second, comme cela se fait toujours en pratique, soit désigné par la qualification de *collègue*. Mais sa résidence doit être indiquée, et la mention, pour être régulière, doit être ainsi conçue : « Par devant Me Tel et son collègue, notaires à... » (5).

(1) *Sic* Toullier, VIII, n. 556; Duranton, XIII, n. 41; Augan, *op. cit.*, p. 54; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, p. 421; D., *op.* et vo *cit.*, n. 3361; *Code des not. expliqué*, p. 139 *in fine* et p. 140. — *Contra* Merlin, *Répert.*, vo *Testam.*, §§ 2 et 3; Rolland de Villargues, *op. cit.*, vo *Acte notarié*, n. 172; *Dict. du not.*, vo *Acte notarié*, n. 214 s.

(2) Rolland de Villargues, *op.* et vo *cit.*, n. 173; D. et *Code des not. expliqué*, *loc. cit.*

(3) *Sic* Merlin, *Répert.*, vo *Témoin instrumentaire*, sect. II, § 3, art. 2, n. 8; Rolland de Villargues, *op.* et vo *cit.*, n. 178 *bis;* Duranton, XIII, n. 41; Augan, *op. cit.*, p. 55; D., *op.* et vo *cit.*, n. 3363; *Code des not. expliqué*, p. 141. — *Contra* Toullier, VIII, n. 84.

(4) Isambert, *Anc. lois franç.*, XII, p. 636.

(5) D., *op.* et vo *cit.*, n. 3364; *Code des not. expliqué*, p. 141.

2191. *β.* Les actes des notaires « contiendront les nom, prénoms, qualités [1] et demeures [2] des parties [3], ainsi que des témoins qui seraient appelés dans le cas de l'art. 11 », c'est-à-dire des témoins certificateurs. Art. 13. Rappelons qu'on entend par cette expression les personnes qui, au besoin, sont appelées pour attester l'individualité des parties. Il faut noter que l'acte doit énoncer les prénoms et qualités de ces témoins, tandis que l'art. 12 ne la prescrit pas en ce qui regarde les témoins instrumentaires.

Malgré leur importance, les énonciations prescrites par l'art. 13 ne le sont pas à peine de nullité [4], mais seulement à peine d'une amende contre le notaire. Cette amende, comme pour les énonciations précédentes, était primitivement de 100 fr. et a été réduite, elle aussi, à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

Toutefois, si les parties n'étaient pas suffisamment désignées, l'acte pourrait, en fait, se trouver inefficace [5].

2192. *Deuxième catégorie.* Enonciations dont l'omission entraîne la nullité de l'acte :

α. Les actes notariés doivent énoncer les noms des témoins intrumentaires et leur demeure. Art. 12, al. 2.

Une simple erreur dans l'orthographe du nom de l'un des témoins instrumentaires ne suffit pas pour rendre l'acte nul [6].

[1] Par l'expression *qualités*, il faut entendre la profession. Un notaire n'encourrait pas l'amende pour avoir omis d'énoncer les titres de noblesse d'une partie ou sa qualité de tuteur, curateur ou autre. D., *op.* et v° *cit.*, n. 3396; *Code des not. expliqué*, p. 160 *in fine*.

[2] Est-ce le domicile *réel* que le notaire doit indiquer? Pour l'affirmative, Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 219-220; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3398; *Code des not. expliqué*, p. 162. — *Contra Encycl. du notar.*, n. 388; Bastiné, *op. cit.*, n. 149; Rutgeerts, *op. cit.*, II, p. 722.

[3] Que faut-il entendre par l'expression *parties?* V. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 201-202; Amiaud, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 131, note; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3389; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 284-298; *Code des not. expliqué*, p. 159 *in fine*.

[4] Toullier, VII, n. 501, al. 9 et 10; Duranton, XIII, n. 39 et 41; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 224; Augan, *op. cit.*, p. 55; *Dict. du not.*, n. 279; Bonnier, *op. cit.*, n. 484; Aubry et Rau, VIII, p. 205; Larombière, V, p. 483 (art. 1317, n. 21); D., *op.* et v° *cit.*, n. 3388; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 260; *Code des not. expliqué*, p. 159.

[5] Aubry et Rau, VIII, p. 205, note 27.

[6] Req., 24 juil. 1840, S., 41. 1. 79, D., *op.* et v° *cit.*, v° *Oblig.*, n. 3367 et *Disp.*

La loi ne prescrit pas la mention des prénoms de ces témoins; cependant il pourrait être utile de la faire si deux témoins instrumentaires portaient le même nom et avaient la même demeure.

La loi n'exige pas davantage qu'on indique la qualité ou profession desdits témoins (1). Aussi, bien qu'il vaille mieux faire cette mention, son omission n'entraînerait par la nullité de l'acte (2). L'art. 167 de l'ordonnance de Blois de 1579 imposait cette énonciation, mais sans y attacher la peine de la nullité (3).

Nous savons qu'il faut, au contraire, indiquer les prénoms et qualité des témoins certificateurs.

D'après plusieurs décisions de jurisprudence, on doit, par le mot *demeure*, entendre l'habitation réelle des témoins instrumentaires (4). Mais il a été jugé que la mention du domicile de ces témoins équivaut à celle de leur demeure (5).

L'indication d'une fausse demeure doit être assimilée à l'absence d'indication. Elle aurait donc pour sanction, du moins en principe, la nullité de l'acte (6).

Avons-nous besoin de faire observer que la mention de la

entre vifs et testam., n. 3103-2°. — Cependant il a été jugé que la substitution du nom de *Gulland* à celui de *Gallemand* constituait une cause de nullité. — Trib. Versailles, 26 janv. 1835, *Journ. des not.*, art. 8912. — A plus forte raison l'acte sera-t-il nul si le témoin a été désigné sous un faux nom, alors même que ce faux nom lui était donné habituellement dans le monde. Amiens, 2 avril 1840, P., 40. 1. 548.

(1) L'erreur sur l'état d'un témoin instrumentaire dans un testament n'est donc pas une cause de nullité, lorsque l'erreur ne peut faire naître aucun doute sur l'identité du témoin. — Bourges, 9 mars 1836, S., 36. 2. 347 (dans l'espèce on avait donné à un témoin le titre de docteur en médecine, alors qu'il était simplement officier de santé).

(2) Toullier, VIII, n. 85; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 192; Ed. Clerc, *op. cit.*, n. 309; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3368; *Code des not. expliqué*, p. 142.

(3) Isambert, *Anc. lois franç.*, XIV, p. 421.

(4) Bordeaux, 6 déc. 1834, S., 35. 2. 140. — Liège, 13 mars 1886, cité par Rutgeerts et Amiaud, II, n. 424. — Angers, 23 mars 1876, *Journ. des not.*, art. 21412. *Sic. Encycl. du not.*, n. 363; Bastiné, *op. cit.*, n. 147.

(5) Liège, 20 oct. 1824, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 3145-1°.

(6) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 198; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3371; *Code des not. expliqué*, p. 143. — Cpr. Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit*, n. 254. — On peut cependant concevoir des circonstances où il ne faudrait pas prononcer la nullité. Tel serait le cas si le témoin n'avait changé de domicile que depuis peu de jours; Rolland de Villargues, *loc. cit.*

demeure des témoins, dans un acte notarié, est partie intégrante de celui-ci et que, par suite, elle fait, comme lui, foi en justice [1] ?

2193. β. Les actes notariés doivent également énoncer le lieu, l'année et le jour où ils sont passés.

1° La mention du lieu où l'acte est dressé ou reçu était exigée par l'art. 3 de l'ordonnance de 1304 et par l'art. 167 de l'ordonnance de 1579. Elle est imposée à peine de nullité. C'est par elle que l'on voit si le notaire a instrumenté dans son ressort. La mention du lieu est suffisante quand elle consiste dans l'indication de la ville ou de la commune ; il n'est pas nécessaire qu'elle désigne en outre, d'une façon spéciale, la maison où le notaire instrumente, ou, comme disaient nos vieux auteurs, le *locus loci* [2]. L'art. 167 de l'ordonnance de 1579 prescrivait aux notaires de « mettre la maison où les contracts seront passés » ; mais déjà, sous l'empire de cette ordonnance, on jugeait que l'omission de l'indication de la maison n'entraînait pas la nullité de l'acte [3].

Cependant, aujourd'hui encore, les notaires ont l'habitude de préciser le lieu de la réception des actes. Cette mention peut avoir de l'utilité, par exemple si les actes sont attaqués pour dol ou pour ivresse. En pareil cas, en effet, il ne sera pas indifférent de savoir s'ils ont été passés dans une auberge ou dans une maison mal famée [4].

D'ordinaire c'est à la fin des actes volontaires ou dans le

(1) Civ. cass., 3 juillet 1838, S., 38. 1. 586, D., *op.* et v° *cit.*, v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 3139-1° et 3142.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Date*, § 2 ; Toullier, VIII, n. 82 ; Duranton, XIII, n. 42 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 483 ; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 271 ; Augan, *op. cit.*, p. 58 ; *Dict. du notar.*, n. 287 ; *Encycl. du notar.*, n. 481 ; Génébrier, *op. cit.*, p. 271 ; Larombière, V, p. 484 (art. 1317, n. 21 *in fine*) ; Aubry et Rau, VIII, p. 205 *in fine* ; Laurent, XIII, n. 291 ; Bonnier, n. 483 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 429 ; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 100 ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3374 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 689 ; *Code des not. expliqué*, p. 144 *in fine*. — Req., 28 février 1816, S. chr., V, 1. 160. — Bruxelles, 10 juin 1819, S. chr., VI, 2. 87. — Req., 23 novembre 1825, S. chr., VIII, 1. 221, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre-vifs et testam.*, n. 3142-3°. — Riom, 18 mai 1841, S., 41. 2. 571, *Journ. des not.*, art. 11185. — V. cep. Garnier-Dechêne, n. 72 ; Loret, *op. cit.*, sur l'art. 12, l. ventôse.

(3) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 271.

(4) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 268-270.

préambule de ceux qui tiennent à la juridiction contentieuse que le lieu est indiqué ([1]).

La loi n'impose aucune formule pour cette mention. Les juges peuvent donc chercher dans les clauses de l'acte la preuve de l'accomplissement de cette formalité ([2]).

Quand un acte a été reçu ou signé dans plusieurs lieux différents, le notaire doit y faire mention de cette circonstance ([3]).

2194. 2° L'énonciation de la date des actes notariés présente une très grande importance. Non seulement elle renseigne, dans beaucoup de cas, sur le moment où la convention a été formée, mais elle permet aussi de résoudre les difficultés relatives à la capacité légale du notaire, des parties et des témoins. Aussi l'ordonnance de juillet 1304, art. 5, celle de Blois, de 1579, art. 167, et un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 4 septembre 1685, exigeaient-ils que la date fût mentionnée dans les actes notariés. L'ordonnance de 1579 et l'arrêt de 1685 voulaient même qu'il fût exprimé dans ces actes s'ils étaient faits *avant* ou *après minuit*.

L'art. 12 de la loi de ventôse veut que les actes notariés énoncent « l'année et le jour » où ils sont passés. Ce texte, à la différence de l'arrêt de règlement de 1685, n'impose pas la mention du mois. Mais il est d'usage de l'indiquer.

Toutefois, comme cette dernière mention n'est pas expressément exigée par la loi, le jour du mois peut être suffisamment désigné par relation à celui d'une fête publique fixe, comme *la veille de Pâques, le lendemain de l'Assomption* ([4]).

L'omission du mois peut également quelquefois, d'après un arrêt de la cour de cassation, être réparée par la date de l'enregistrement ([5]).

([1]) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 281-282 ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3379 ; *Code des not. expliqué*, p. 145.

([2]) D., *op.* et v° *cit.*, n. 3377 ; *Code des not. expliqué, loc. cit.*

([3]) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 280 ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3378.

([4]) Toullier, VIII, n. 81 ; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 285 ; *Dict. du not.*, n. 304 ; Larombière, V, p. 483 (art. 1317, n. 21) ; Laurent, XIII, n. 293 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 433 ; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 100 ; Dalloz, *op.* v° *cit.*, n. 3380 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 709 ; *Code des not. expliqué*, p. 145 *in fine*.

([5]) Civ. rej., 6 mars 1827, D., *op. cit.*, v° *Date*, n. 23, et *Disp. entre vifs et test.*,

La loi ne prescrit pas l'indication de l'heure. Dans certaines hypothèses, cependant, elle peut devenir utile. Il en est ainsi par exemple, quand plusieurs donations ont été passées le même jour et qu'il y a lieu à réduction; quand la même personne a fait plusieurs testaments dans une seule journée et qu'il s'agit de savoir quels sont ceux d'entre eux qui ont été révoqués. Il en est ainsi encore quand des conventions matrimoniales ont été faites le jour même de la célébration du mariage. Mais, nous le répétons, cette mention n'est pas imposée.

La date doit être énoncée en toutes lettres (1).

Le législateur n'explique pas s'il faut l'indiquer au commencement ou à la fin de l'acte. D'ordinaire, comme cette mention se rattache naturellement à celle du lieu, elle est, comme celle-ci, placée à la fin. Quoi qu'il en soit, les notaires sont tenus de dater leurs actes avant de les faire signer par les parties, et, à plus forte raison, avant de les signer eux-mêmes ( ).

La fausseté ou l'erreur de la date peut être rectifiée, à la condition seulement que ce soit au moyen d'éléments pris dans l'acte lui-même (3).

2195. Après avoir prescrit les énonciations que nous avons groupées dans la seconde catégorie, l'art. 12 de la loi de ventôse ajoute : « sous les peines prononcées par l'art. 68 ci-après », c'est-à-dire, notamment, sous peine de nullité, avec ce tempérament, toutefois, que l'acte peut valoir comme écriture

n. 1414. — V. cep. Dalloz, *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3382 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 710.

(1) V. *supra*, n. 2184.

(2) Déclar. 14 juill. 1899, art. 13. Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 298.— Un acte notarié peut-il porter plusieurs dates? V. notamment Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 293-296 ; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 100-102 ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3383-3384 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 713-720 ; *Code des not. expliqué*, p. 146 *in fine* et p. 147.

(3) Toullier, VIII, n. 83; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 299 300; Gagneraux, *op. cit.*, n. 26; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 100; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 435; Larombière, V, p. 483, *in fine* (art. 1317, n. 21) ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3386; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op* et v° *cit.*, n. 711 : *Code des not. expliqué*, p. 147. — Rouen, 23 juill. 1825, S. chr. VIII, 2. 116, col. 3. — Civ. rej., 18 janv. 1858, S., 58. 1. 177, D. P., 58. 1. 24. — V. encore Duranton, IX, n. 54 : Troplong, *Donat. et testam.*, III, n. 1573 ; Saintespès-Lescot, *Donat. et testam.*, IV, n. 1024; Demolombe, XXI, n. 230; Laurent, XIII, n. 293.

privée, s'il est signé de toutes les parties [1]. L'art. 68, il est vrai, ne comprend pas l'art. 12 dans l'énumération de ceux dont les dispositions sont sanctionnées par la nullité. Mais cette omission ne saurait détruire le renvoi écrit dans l'art. 12, et, par conséquent, au cas d'inobservation des formalités prescrites par ce dernier texte, l'acte serait certainement nul [2].

Rappelons que l'art. 68 ne se borne pas à décider que l'acte sera nul comme acte notarié et que, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties, il vaudra seulement comme acte sous-seing privé, mais qu'il déclare en outre le notaire passible de dommages-intérêts dans les deux cas, s'il y a lieu.

2196. Enfin, dans certains actes énumérés autrefois dans l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 et maintenant dans le 2° du nouvel article 9 de la loi de ventôse (loi du 12 août 1902), mention doit être faite que la lecture et la signature des parties ont eu lieu en la présence effective du notaire en second ou des deux témoins.

Cette formalité est prescrite à peine de nullité, et son omission, en cas de préjudice causé, peut servir de base à une action en dommages-intérêts.

2197. En ce qui concerne les mentions contenues dans les actes notariés, nous terminerons par une observation. Lorsque les notaires ont à énoncer des poids et mesures ou tout autre élément de numération, ils doivent, sous peine d'amende, se conformer au système légal des poids et mesures et à la numération décimale. Art. 17. Cette disposition a été écrite en vue d'assurer le succès de la réforme entreprise relativement aux matières par elles visées et qui avait pour objet la réalisation de l'uniformité.

Son application a été tempérée par quelques dispositions législatives, notamment par le décret du 12 février 1812, qui, tout en exigeant l'usage du système légal, n'interdisait pas absolument l'emploi simultané des anciennes dénominations. Mais ces tempéraments ont été proscrits par la loi du 4 juillet 1837, dont l'article 1er abroge le décret du 12 juillet

(1) V. *supra*, n. 2098 s.
(2) Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3387.

1812 et dont l'article 5 dispose : « A compter du 1er janvier 1840, toutes dénominations de poids et mesures, *autres que celles portées dans le tableau annexé à la présente loi* et établies par la loi du 18 germinal an III, sont interdits dans les actes publics... »

L'amende qui, aux termes de l'article 17, était de 100 francs, a été réduite à 20 francs par l'article 10 de la loi du 16 juin 1824, et surabondamment, pour la contravention à la loi sur les poids et mesures, par l'article 5 de celle du 4 juillet 1837 (1).

c. Lecture.

2198. Les actes notariés doivent être lus aux parties avant d'être signés par elles. Art. 13. Cette formalité ne doit jamais être omise. Elle est, en effet, très importante. Son accomplissement garantit que l'acte exprime exactement la volonté des parties, puisqu'elles l'ont signé avec la parfaite connaissance de ce qu'il contenait. Aussi toutes nos anciennes ordonnances renfermaient-elles cette prescription (2). Celle de 1535 s'exprimait ainsi, dans son ch. XIX, art. 4 *in fine* : « Et après ce qu'ils seront ainsi escrits, qu'ils les lisent *au long* en la présence des parties, *avant qu'ils signent* ne baillent les lettres d'iceux contracts » (3).

La lecture ne doit avoir lieu que lorsque l'acte est terminé. Elle doit être donnée de l'acte tout entier, y compris les renvois (4), mais il n'est pas nécessaire qu'elle porte sur les procurations qui peuvent y avoir été annexées (5).

Il est préférable que le notaire lise lui-même. Cependant la loi ne lui en fait un devoir rigoureux que pour les actes

(1) V. pour les détails, Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 100-101 : Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 511-525, *Code des not. expliqué*, p. 229-233.

(2) Ordon. de juill. 1304, art. 1 ; d'oct. 1485, art. 7 ; d'oct. 1535, ch. XIX, art. 4 ; arrêts de règl. du 4 sept. 1685 et du 4 déc. 1703, etc.

(3) Isambert, *Anc. lois franç.*, XII, p. 483.

(4) Gagneraux, *op. cit.*, n. 103 ; *Dict. du notar.*, n. 333-334 ; Ed. Clerc, *op. cit.*, n. 1615 ; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 505 ; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 24 ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3382 *in fine ;* Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 539.

(5) Augan, *op. cit.*, p. 74 ; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, 307 ; Gagneraux, *op. cit.*, n. 101 ; *Dict. du notar.*, n. 334 ; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3460.

qui étaient énumérés autrefois dans l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 et qui le sont aujourd'hui dans le 2e de l'art. 9 de la loi de ventôse (L 12 août 1902) (1).

Lorsqu'une des parties ne comprend pas le français, la lecture de l'acte doit être traduite dans sa langue, afin que la formalité dont nous parlons ne soit pas illusoire. La traduction peut être faite par le notaire s'il connaît l'idiome de la partie, si les témoins instrumentaires le comprennent et s'ils entendent aussi la langue française. Mais il faut appeler un interprète si une de ces conditions fait défaut (2).

Si un sourd ou un sourd-muet est au nombre des parties, on admet qu'il doit prendre lui-même lecture de l'acte (3). S'il ne sait pas lire, la lecture doit lui être reportée au moyen de signes par une personne faisant l'office d'interprète (4).

2199. Un arrêt de règlement du 4 décembre 1703 qui prescrivait à nouveau la lecture des actes notariés, ordonnait de mentionner, dans ceux-ci, l'accomplissement de cette formalité.

L'article 13 de la loi de ventôse prescrit également cette mention. Toutefois, sauf pour les testaments publics (art. 972 et 1001) et pour les actes énumérés dans le 2° du nouvel article 9, elle n'est pas exigée à peine de nullité; l'article 13 se borne à prononcer contre le notaire une amende de 100 fr. (réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824) (5).

La mention de la lecture présente deux avantages, car, d'une part, elle rappelle au notaire qu'il doit lire l'acte, et,

(1) Mais, comme la loi ne dit pas par qui la lecture du testament public doit être faite, on ne saurait prononcer la nullité de ce testament en se fondant sur ce que lecture en aurait été donnée par une autre personne que le notaire. V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et test.*, II, n. 2052.

(2) V. notamment D., *op.* et v° *cit.*, n. 3483; *Code des not. expliqué*, p. 169-174.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Sourd-muet*, n. 25; *Dict. du notar.*, v° *cit.*, n. 323; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 22 — Pau, 23 déc. 1872, *Journ. des not.*, art. 20578. — Chambéry, 28 nov. 1877, *Rev. du notar.*, n. 5557, et *Journ. des not.*, art. 21919. — Orange, 7 mai 1890, *Journ. du notar.*, 1890, p. 583.

(4) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 26; Amiaud, *loc. cit.*

(5) Spécialement pour les actes de donation, la mention de la lecture de l'acte par le notaire n'est pas prescrite à peine de nullité. — Trib. Dijon, 30 juin 1857, S., 59. 2. 352. — *Contra* Demoly, *Rev. crit.*, XIV, p. 434.

d'autre part, elle assure aux parties le moyen de vérifier si l'écrit présenté à leur signature renferme bien l'expression de leurs volontés [1]. Alors même qu'à raison de la confiance qu'il leur inspire, elles déclareraient dispenser le notaire de la lecture, celui-ci voudra la faire, afin de justifier la mention et de ne pas commettre un faux [2].

Il est normal de placer la mention de la lecture à la fin de l'acte ; tel a toujours été l'usage [3].

Cette mention s'applique, non seulement au corps de l'acte, mais aussi aux renvois approuvés [4].

Si un sourd ou un sourd-muet figure parmi les parties, le notaire doit constater qu'il a été procédé comme nous l'avons dit plus haut [5].

d. Signature.

2200. L'art. 14 de la loi de ventôse s'exprime ainsi : « Les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard ». Tout cela est prescrit à peine de nullité, aux termes de l'art. 68.

Les signatures doivent être apposées à la fin de l'acte, mais peu importe qu'elles occupent une place ou une autre, pourvu qu'elles se rapportent à l'acte entier [6].

Nous parlerons successivement de la signature des parties, de celle des témoins et de celle du notaire. Puis nous étudierons la mention des signatures et la mention du défaut de signature.

2201. α. *Signature des parties.* — La signature des parties sur les actes notariés a été exigée pour la première fois par

(1) Loret, *op. cit.*, sur l'art. 13.

(2) Le notaire qui a mentionné la lecture sans l'avoir réellement faite, peut être considéré comme coupable de faux criminel, s'il y a eu de sa part intention frauduleuse. Poitiers, 5 oct. 1834, S., 35. 2. 345.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 310, Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 27.

(4) Req., 3 août 1808, S. chr., II. 1. 534, col. 3, D., *op. cit.*, v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 2816. — *Sic* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 311.

(5) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Sourd-muet*, n. 25 et 26.

(6) Bourges, 11 déc. 1865, *Rev. du not.*, n. 1661.

l'ordonnance d'Orléans, de janvier 1560, dont l'art. 84 portait : « Seront tenus les notaires de faire signer aux parties et aux témoins instrumentaires (s'ils sçavent signer) tous actes et contrats qu'ils recevront » (1). Par privilège spécial, des lettres patentes du 11 octobre 1561 dispensèrent de cette formalité les notaires de Paris (2). Mais cette dispense fut abrogée par l'ordonnance de Blois, de 1579, qui renouvela, sur ce point, la disposition de l'ordonnance d'Orléans et prescrivit en outre, par son art. 166, que, dans le cas où les parties ne sauraient signer, un des témoins instrumentaires au moins signât la minute avec le notaire (3). Un arrêt de règlement du 4 décembre 1604 décidait également que toutes les parties doivent signer l'acte, celles qui *acceptent* aussi bien que celles qui s'obligent, et il interdisait en outre aux notaires de mettre au contrat *présents et acceptants,* si les parties n'étaient présentes et ne signaient ou déclaraient ne le savoir ou pouvoir (4).

Le notaire ne peut certainement pas, en déclarant accepter pour l'une des parties, la dispenser de signer l'acte (5).

Il résulte de ce qui précède qu'en principe, si l'acte n'est pas signé par les parties, il est nul. Art. 68. Toutefois lorsque l'une d'elles seulement s'oblige, la signature de cette partie est seule requise à peine de nullité (6).

2202. β. *Signature des témoins.* — L'ordonnances de 1579 n'exigeait pas la signature des témoins, sauf quand les actes étaient passés dans les villes ou gros bourgs, ou par une partie qui ne pouvait signer. Dans ces cas, il fallait, aux termes de l'art. 166 de cette ordonnance, qu'un témoin au moins sût signer (7) ; mais l'arrêt de règlement du 4 septembre 1685

(1) Isambert, *Anc. lois franç.*, XIV, p. 85.

(2) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 313 *in fine*.

(3) Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 420 *in fine* et 421.

(4) Rolland de Villargues, *Code du not.*

(5) Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Acte notarié*, n. 317.

(6) Toullier, VIII, n. 72 ; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 318 ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3491 ; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 558 ; *Code des not. expliqué*, p. 177. — Req., 8 juill. 1818, S. chr., V, 1. 498 ; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3491. — Ainsi décidé relativement à une quittance signée seulement de celui qui déclarait avoir reçu la somme. Parlement de Paris, 5 août 1749, Loret, *op. cit.*, I. p. 276.

(7) Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 420 *in fine* et p. 421.

prescrivit qu'il y eût toujours un témoin pouvant donner sa signature et qu'il la donnât actuellement, à peine de nullité. Sous l'empire de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791, la signature d'un seul témoin, sur deux présents à l'acte, suffisait pour sa validité, quand l'acte était reçu dans un pays où, d'après l'art. 166 de l'ordonnance de 1579, un notaire pouvait instrumenter avec deux témoins dont un seul savait signer (1). Mais il résulte des termes de l'art. 14 de la loi de ventôse qu'aujourd'hui les deux témoins doivent être dans ce cas (2).

Nous avons déjà vu que, sous l'empire de la loi du 21 juin 1843, la signature des témoins pouvait être donnée après coup et hors la présence des parties, sauf quand il s'agissait d'un des actes énumérés dans l'art. 2 de cette loi. Depuis la mise en vigueur du nouvel art. 9 de la loi de ventôse (l. 12 août 1902), qui, nous l'avons dit, a supprimé en principe les témoins instrumentaires, ainsi, d'ailleurs, que le second notaire, dans les actes notariés, il faut continuer à admettre cette solution pour les actes où les parties ou l'une d'elles ne savent ou ne peuvent signer (3).

La signature des témoins instrumentaires n'est pas moins indispensable que celle des parties ou des notaires. Mais il n'est pas besoin, pour la régularité des actes, de celle des témoins certificateurs ou de celle des témoins honoraires.

2203. γ. *Signature du notaire.* — C'est la signature du notaire qui complète l'acte et qui en opère la perfection. Cependant, avant l'ordonnance de 1560, les actes des notaires n'avaient pas besoin, pour être valables, d'être revêtus de leur signature (4).

La signature du notaire, d'ailleurs, ne fait que donner à l'acte le caractère authentique; elle n'ajoute rien à son effet

(1) Civ. cass., 25 fructidor an XI, S. chr., I, 1. 863.

(2) Rappelons que l'art. 974 C. civ., relatif au testament public, dispose que « dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire ».

(3) V. *supra*, n. 2163.

(4) Toulouse, 10 mai 1838, S., 39. 2. 303, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2508.

obligatoire. C'est le consentement des parties qui produit celui-ci (1).

Le notaire doit signer après les parties et les témoins, car il a pour mission de certifier les signatures des autres et de rendre l'acte parfait (2). Mais, du moment que sa signature est nécessaire, les parties et les témoins qui ont signé peuvent l'obliger à signer lui-même (3).

Il n'est pas indispensable que la signature du notaire soit donnée en présence des parties. Cela paraît d'autant moins douteux que le projet de loi sur le notariat portait : « Les actes seront *simultanément* signés par les parties, les témoins et les notaires ». Or, le mot *simultanément* a été supprimé dans la rédaction définitive (4). Toutefois le notaire agit sagement en signant l'acte dès qu'il est revêtu de toutes les autres signatures, car il prévient ainsi les rétractations et la responsabilité qui pourrait en résulter pour lui (5).

Le notaire qui omettrait de signer l'acte serait responsable de la nullité, s'il ne pouvait pas invoquer d'excuse légitime (6).

2204. Quand l'acte est reçu par deux notaires, la signature du notaire en second peut, en ce qui concerne les actes autres que ceux énumérés autrefois par l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 et aujourd'hui par le nouvel article 9 de la loi de ventôse, être donnée après coup. Cela résulte des travaux préparatoires de la loi de 1843 (7).

(1) Bordeaux, 5 janv. 1833, S., 33. 2. 188, D., *op. cit.*, v° *Vente*, n. 1463-2°.

(2) Arrêts de réglem. du 21 mars 1659 et du 4 septembre 1685. — Ferrière, *Parf. not.*, liv. I, ch. XIII et XIV. — Avis Cons. d'Et., 16 juin 1810. — Loret, *op. cit.*, I, p. 279; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 339; D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3510; *Code des not. expliqué*, p. 180.

(3) D. et *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(4) Loret, *op. cit.*, I, p. 277; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 341; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3512, *Code des not. expliqué, loc. cit.*

(5) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 342; D. et *Code des not. expliqué, op. cit.*

(6) Arrêt de règl. du 11 mai 1604. — Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Signature*, n. 52; D., *op.* et v° *cit.*, n. 3511; *Code des not. expliqué*, p. 180. — Paris, 1er floréal an XI, D., *op. cit.*, v° *Responsabilité*, n. 415-1°. — Bourges, 29 avril 1823, D., *op.* et v° *cit.*, n. 423. — *Quid* si le notaire meurt avant d'avoir signé, mais après la signature des parties et des témoins? V. D., *op.* et v° *cit.*, n. 3511; *Code des not. expliqué*, p. 181.

(7) V. notamment D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3251 s.

On admet, en conséquence, que la signature du notaire en second peut être valablement donnée après le décès de l'une des parties [1] ou après la cessation des fonctions du notaire en premier [2].

Mais peut-il en être de même après l'enregistrement de l'acte? Avant de répondre, il nous faut préciser la portée de la question. La signature du notaire en second doit certainement, en principe, être donnée avant l'enregistrement, le receveur n'étant obligé d'enregistrer que des actes réguliers et complets. C'est ce qu'a formellement déclaré M. Philippe Dupin, rapporteur de la loi du 21 juin 1843 : « La signature du notaire en second, a-t-il dit, qui, pour être plus tardive, *interviendra toujours avant l'enregistrement,* est de nature à mettre obstacle à ce qu'ultérieurement le notaire qui a instrumenté puisse fausser l'acte en y introduisant une addition par renvoi, puisque ce renvoi apparaîtrait comme frauduleusement ajouté, ne se trouvant pas revêtu de l'approbation du second notaire » [3]. Il s'ensuit qu'aujourd'hui encore, si un acte dans lequel les parties ou l'une d'elles n'ont pas pu ou n'ont pas su signer est présenté à l'enregistrement sans être revêtu de la signature du notaire en second, le receveur peut refuser de procéder à la formalité.

Mais la question que nous avons à résoudre est toute différente : elle suppose que le receveur a consenti à enregistrer l'acte, nonobstant son irrégularité, et l'on se demande si le notaire en second peut encore signer valablement. Presque tous les auteurs se prononcent pour la négative. Voici leurs raisons : l'acte doit, au moment où il est présenté à l'enregistrement, réunir toutes les conditions exigées pour sa validité. La régie, d'ailleurs, est chargée de constater ses imperfections et de les signaler au ministère public. Donc, après qu'il a été remis à la régie, il n'est plus temps de le régulariser [4].

(1) Req., 3 janv. 1888, S., 89. 1. 5, D. P., 88. 1. 57.

(2) Paris, 29 nov. 1893 (sol. impl.), S., 96. 2. 6.

(3) Dalloz, *Suppl. au rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1436.

(4) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Signature*, n. 50; *Dict. du not.*, v° *Signature*, n. 102; *Encycl. du not.*, v° *Signature*, n. 93; Defrénois, *Rép. gén. prat. du not.*, 1895, art. 8323, p. 258; Clerc, *Tr. gén. du not.*, II, n. 1674; Eloy, *Tr. de la respons. des not.*, I, n. 421; Génébrier, *Comm. de la loi du 25 ventôse an XI*, p. 328.

La cour d'Orléans a adopté cette solution par un arrêt du 26 janvier 1895 (1).

Mais, par un arrêt du 31 mai 1897, la chambre des requêtes s'est prononcée en sens contraire (2). Sa décision se justifie ainsi : les art. 20 et 21 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement fixent simplement un délai dans lequel les actes des notaires doivent être enregistrés, et ils ne défendent point d'ajouter à ces actes, après l'enregistrement, quelque formalité complémentaire. L'art. 33 de la même loi se borne à prononcer une amende contre les notaires qui n'auront pas fait enregistrer leurs actes dans le délai prescrit, et il n'interdit point les modifications postérieures à cette formalité, ou du moins ces modifications ne sont proscrites que pour le cas où elles changeraient les droits de mutation ou autres aux dépens du Trésor. Enfin la loi de 1843 ne dit point que la signature du notaire en second doive être donnée avant l'enregistrement. Tout cela est d'autant plus significatif que, d'une part, l'enregistrement n'a plus aujourd'hui qu'une portée fiscale, et que, d'autre part, de l'aveu même des auteurs de la loi de 1843, la signature du second notaire n'est pas une garantie sérieuse, mais bien « une formalité à peu près illusoire », une pure fiction » (3).

Il est évident que la même question peut se poser au sujet de la signature des témoins instrumentaires.

2205. Il ne suffit pas que les actes soient signés par les parties, les témoins et le notaire ; il faut, en outre, à peine de nullité, que celui-ci fasse mention de ces signatures à la fin de l'acte. Art. 14 et 68. Cette mention constitue, en réalité, comme dit Rolland de Villargues, une attestation de ses signatures (4). La loi ne fait pas, d'ailleurs, de distinction entre les divers actes. Il faut en conclure, d'après la juris-

(1) S., 96. 2. 1, D. P., 96. 2. 33.

(2) S., 97. 1. 441, D. P., 98. 1. 5. — *Adde* Paris, 29 nov. 1893, précité (motifs).

(3) V. Glasson, *Note* dans D., et Wahl, *Note* dans S., sous l'arrêt précité de cassation du 31 mai 1897. — Quand il s'agit d'un contrat de mariage, le notaire en second peut-il signer même après la célébration du mariage? Pour l'affirmative, Wahl, *Note* précitée, S., 96. 1. 3, col. 1, VII; pour la négative, Glasson, *Note* précitée, D., 98. 1. 5, col. 2.

(4) *Op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 349.

prudence et d'après une grande partie de la doctrine, que la disposition précitée s'applique aux testaments publics [1].

La mention des signatures était déjà prescrite à peine de nullité par l'ordonnance d'Orléans de 1560, art. 84, par l'ordonnance de Blois de 1579, art. 165 [2], et par l'arrêt de règlement du 4 septembre 1685 [3].

Cette mention n'est soumise à aucune formule sacramentelle; il suffit qu'elle soit claire et précise [4]. Elle est généralement ainsi conçue : « *Et les parties ont signé avec les témoins, après lecture faite* ».

Il n'est pas rigoureusement nécessaire, d'ailleurs, qu'elle soit placée à la fin de l'acte. L'art. 14, il est vrai, semble l'exiger par ces mots : « qui doivent en faire mention *à la fin de l'acte* ». Mais ces expressions ne sont qu'indicatives. Alors même que la mention est écrite au commencement de l'acte, elle n'en précède pas moins les signatures et n'en est pas moins certifiée par celle du notaire. Ainsi la place occupée par elle est absolument indifférente, et, par suite, il convient de décider que l'art. 68, lorsqu'il prononce la nullité à raison des contraventions à l'art. 14, en tant que ce texte impose la mention des signatures, vise uniquement le cas où il y a défaut

(1) V. les autorités dans Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. entre vifs et des testam.*, II, n. 2095 et 2101. Ces auteurs, toutefois, se prononcent en sens contraire.

(2) Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 85 et p. 420.

(3) V. Civ. cass., 16 juill. 1833, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3536-1°. — Lyon, 8 janv. 1848, S., 49. 2. 634, D., *op.* v° *cit.*, n. 3536-2°. — V. Pierre Néron et Antoine Girard, *Edits et ordonnances*, p. 168 et 149.

(4) La formule suivante ne doit pas être considérée comme satisfaisant à la loi : « Ainsi fait, passé, connu et signé le présent acte, après lecture faite aux parties ». Bruxelles, 10 fév. 1830, P. chr. — Jugé également qu'on ne saurait voir une mention suffisante de la signature des témoins dans ces mots écrits à la fin d'un contrat de mariage : « Et ont, les futurs et les parents, déclaré ne savoir signer, à la réserve des soussignés ». Paris, 25 mai 1826, S. chr., VIII, 2. 237. — On décide en général qu'il n'y aurait pas mention suffisante de la signature des parties, si le notaire se bornait à énoncer *qu'elles déclarent signer*, car cette façon de s'exprimer n'équivaut pas à la mention que les parties ont effectivement signé. Liège, 2 déc. 1807, Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3540. — Cependant, par un arrêt du 16 fév. 1814, la chambre civile a décidé que, dans un testament, la mention de la signature était suffisamment exprimée au moyen de cette formule : *Ayant interpellé les témoins et le testateur de signer le testament, ils ont tous déclaré le faire.* Civ. cass., S. chr., IV, 1. 537, col. 3 *in fine* et p. 538.

ou irrégularité de cette mention, et non pas celui où elle n'a pas été rejetée à la fin de l'acte [1].

La loi prescrit indistinctement la mention de la signature des parties, des témoins et du notaire. La cour de Besançon, par un arrêt du 5 décembre 1809, a jugé, en conséquence, qu'un acte notarié est nul comme authentique s'il ne contient pas la mention de la signature du notaire rédacteur [2]. Mais, depuis, le Conseil d'Etat se fondant sur ce que l'arrêté du 15 prairial an XI, qui donne une formule pour la rédaction des actes n'y comprend pas cette mention, a été d'avis que l'omission de celle-ci n'entraîne pas la nullité de l'acte [3], et, dans la suite, la cour de cassation s'est prononcée dans le même sens [4]. Tout au moins doit-on voir une mention suffisante de la signature du notaire dans la formule *pardevant le notaire soussigné,* bien qu'elle soit placée au commencement de l'acte [5]. Dans tous les cas, si l'on admet la nécessité de la mention, elle n'existe que pour la signature du notaire qui a reçu l'acte, et non pour celle du notaire en second [6].

Bien que l'art. 14 exige en termes généraux la mention de la signature des parties et des témoins, cette mention n'est nécessaire ni à l'égard des parties qui ne s'obligent pas [7],

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 207, note 37; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 3, n. 8; Gagneraux, *op. cit.*, art. 14, n. 52; *Encycl. du notar.*, I, p. 87 et 91; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Signature*, n. 69; Testé, *op. cit.*, n. 28, note 2; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 533; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 108; Larombière, V, p. 485 (art. 1317, n. 23). — Turin, 25 fév. 1810, S. chr., III, 2. 216, col. 2, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3556-1°. — Civ. rej., 4 juin 1823, S. chr., VII, 1. 260, D., *op.* v° et *cit.*, n. 3556-2°. — Metz, 22 janv. 1833, S., 35. 2. 70, D. sous Req., 16 déc. 1834, *op.* et v° *cit.*, n. 3556-3°. — Poitiers, 16 avril 1842, S., 43. 2. 265. — Req. rej., 18 juin 1844, S., 44. 1. 489.

(2) S. chr., III, 2. 154, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3543. — *Contra* Toullier, VIII, n. 95, al. 2.

(3) V. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3544 (V. le texte de cet avis, p. 773, note 2).

(4) Civ. cass., 11 mars 1812, S. chr., IV, 1. 49, D., *loc. cit.* — Metz, 7 août 1812, S. chr., IV, 2. 172. — Bastia, 29 déc. 1856, S., 57. 2. 333. — V. dans le même sens Aubry et Rau, VIII, p. 207, texte et note 38.

(5) Grenoble, 17 juin 1809, D., *loc. cit.*

(6) Civ. cass., 11 mars 1812, précité. Cette décision est approuvée par tous les auteurs. — V. *Code des not. expliqué.* p. 188.

(7) Merlin, *Rép.*, v° *Signature*, § 1; Toullier, VIII, n. 92; Gagneraux, *Comment. sur la loi du 25 ventôse an XI*, art. 14, n. 54; Teste, *op. cit.*, v° *Acte notarié*, n. 28; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 84; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3542; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 640; *Code des not. expliqué*, p. 188. — Req., 8 juill. 1818, S. chr., V, 1. 498.

ni à l'égard des témoins certificateurs ou des témoins honoraires, alors même que ces diverses personnes auraient apposé leur signature sur l'acte [1].

Le notaire qui a omis de mentionner la signature des témoins s'est rendu coupable d'une négligence; il est donc responsable de la nullité de l'acte, alors même qu'il n'y a point eu fraude ou prévarication de sa part [2].

2206. « Si les parties ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention à la fin de l'acte de leurs *déclarations* à cet égard ». Art. 14, al. 2. L'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans de 1560 s'exprimait en termes différents. Il disait : « Et en cas que les parties ou témoins ne sçauront signer, les notaires ou tabellions feront mention de la *réquisition* par eux faite aux parties et témoins de signer et de leur *réponse* qu'ils ne sçavent signer » [3].

Toutefois, l'art. 14 de la loi de ventôse n'exige pas simplement la mention que les parties ne savent ou ne peuvent signer, mais bien celle de la déclaration par elles faite de leur ignorance ou de leur impuissance. Il faut donc que la déclaration émane des parties elles-mêmes, et non pas du notaire [4].

Cette mention, de même que celle des signatures, n'est assujettie à aucune formule sacramentelle. Il faut seulement qu'elle soit conçue en termes assez nets pour qu'il n'y ait aucun doute sur l'accomplissement de la formalité.

Toutefois, les notaires prudents ne s'exprimeront qu'en

[1] Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 86; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 642.

[2] Bourges, 28 juillet 1829, S. chr., IX, 2. 307.

[3] Isambert, *Anc. lois franç.*, XIV, p. 85. — L'art. 165 de l'ordonnance de 1579 s'exprimait à peu près de même. — V. Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 420.

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 5; Toullier, VIII, n. 91; Duranton, XIII, n. 46; Augan, *op. cit.*, n. 75; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Signature*, n. 35; *Dict. du not.*, n. 54 s.; Grenier, *Donat. et test.*, I, n. 242; Aubry et Rau, VIII, p. 207; Rutgeerts et Amiaud, *op. cit.*, II, n. 535; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 101; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 3548; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 661; *Code des not. expliqué*, p. 189. — Poitiers, 17 juin 1874, *Journ. du not.*, n. 2940. — Req., 29 juill. 1875, S., 75. 1. 465, D. P., 76. 1. 79. — Civ. cass., 20 mars 1889, S., 90. 1. 15, D. P., 89. 1. 429, et, sur renvoi, Nîmes, 17 juin 1890, D., P., 91. 2. 25.

termes assez précis pour prévenir les difficultés du genre de celles dont nous allons citer quelques exemples.

La mention de la déclaration de ne savoir *écrire* n'équivaut pas à celle de la déclaration de ne savoir signer ; car on peut savoir signer son nom sans savoir écrire (1). Cependant, la jurisprudence, approuvée par quelques auteurs, se prononce en sens contraire quant à la mention de la déclaration faite par le testateur conformément à l'art. 973 C. civ. (2).

De même, la déclaration qu'on est illettré serait insuffisante (3).

Il faut en dire autant de la déclaration qu'une partie a apposé sa marque ordinaire (4).

Mais il n'est pas besoin que les parties qui déclarent ne pouvoir signer indiquent la cause de l'empêchement. Il en est autrement toutefois pour les testaments par acte public. Art. 973.

Cette mention, comme celle des signatures, est prescrite à peine de nullité. Art. 14 et art. 68 cbn.

Quant à la place qu'elle peut occuper, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit relativement au siège de la mention des signatures. La difficulté est la même.

N° 2. Formalités postérieures à la réception de l'acte.

a. *Enregistrement.*

2207. En principe, tous les actes notariés sont assujettis à l'enregistrement, et les notaires sont chargés de faire procéder à l'accomplissement de cette formalité. L'art. 20 de la loi du 22 frimaire an VII leur accorde à cet effet un délai de

(1) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 36; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 105; Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 667; *Code des not. expliqué*, p. 190.

(2) Req., 11 juil. 1816, S. chr., V, 1. 216. — Civ. cass., 1er fév. 1859, S., 59. 1. 393, D. P., 59. 1. 85. — Bourges, 15 fév. 1860, P., 61. 627. — Civ. cass., 23 déc. 1861, S., 62. 1. 29, D. P., 62. 1. 31. — *Sic* Laurent, XIII, n. 366; Huc, VI, n. 294, p. 373. — Mais voyez Aubry et Rau, VII, p. 131, texte et note 78; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. et testam.*, II, n. 2082. — Cpr. Demolombe, XXI, n. 319.

(3) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 38; *Code des not. expliqué*, p. 190.

(4) Augan, *op. cit.*, p. 76 ; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 40; Amiaud, *op.* et v° *cit.*, n. 104. — Colmar, 4 mars 1817, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3552; Metz, 2 mars 1840, P., 41. 2. 521.

dix jours ou de 15 jours, suivant qu'ils résident ou non dans la commune où se trouve le bureau de l'enregistrement.

Ce délai peut exceptionnellement être réduit ou prolongé. Il n'est que de quatre jours pour les protêts faits par les notaires (1).

En ce qui regarde les baux que des hospices et autres établissements de bienfaisance passent devant notaire, il est de quinze jours à partir du jour de la remise, faite au notaire par le maire, de l'arrêté d'approbation (2).

Pour les autres actes notariés soumis à l'approbation administrative, il est de vingt jours à compter du jour où cette approbation a été remise au notaire (3).

Lorsque des actes ne peuvent être consommés qu'en plusieurs séances, le délai court à compter de chaque vacation, et non pas seulement à partir de la date de la dernière (4).

Les testaments déposés chez les notaires ou reçus par eux sont enregistrés dans les trois mois du décès des testateurs, à la diligence des héritiers, donataires, légataires ou exécuteurs testamentaires (5).

2208. Aux termes de l'art. 26 de la loi du 22 frimaire an VII : « Les notaires ne pourront faire enregistrer leurs actes qu'aux bureaux dans l'arrondissement desquels ils résident ». Dans les villes importantes où existent plusieurs bureaux pour l'enregistrement des actes notariés, les notaires sont répartis entre ces bureaux et chacun d'entre eux est tenu, quel que soit le quartier où son étude est située, de faire enregistrer tous ses actes au bureau qui lui a été assigné.

Les actes passés en double minute doivent être enregistrés au bureau de la résidence de chaque notaire. Mais comme, bien entendu, les droits ne sont dus qu'une fois, ils sont acquittés par le notaire désigné dans l'acte (6).

(1) L. 24 mai 1834, art. 23.

(2) Décret 12 août 1807, art. 5; Déc. min. fin., 8 sept. 1882 et 10 oct. 1890, *Journ. du not.*, 1891, p. 516.

(3) Déc. min. fin., 22 janv. 1855.

(4) Déc. 10 brumaire an XIV, art. 1, 2 et 3, Sirey, *Lois annotées*, 1re série, 704, col. 3 *in fine* et p. 705.

(5) L. 22 frimaire an VII, art. 21.

(6) Garnier, *Rép. gén. enreg.*, n. 11376; *Dict. enreg.*, vo *Acte de notaire*, n. 143.

Quand un notaire en substitue un autre, c'est toujours au bureau de la résidence du notaire substitué que l'acte doit être enregistré [1].

C'est également au bureau de la résidence du notaire décédé que les actes reçus, pendant la gérance de l'étude, par le notaire commis, doivent être présentés [2].

Le principe consacré par l'art. 26 de la loi du 22 frimaire an VII souffre des exceptions :

1° Les notaires qui résident dans un chef-lieu de cour d'appel peuvent, lorsqu'ils dressent un inventaire hors de leur résidence, faire enregistrer la minute au bureau du lieu où ils ont instrumenté dans le délai de dix à quinze jours de chaque vacation, suivant que la commune où ils ont procédé est ou non chef-lieu du bureau [3].

2° Les procès-verbaux de ventes publiques de meubles ne peuvent être enregistrés qu'au bureau où la déclaration préalable a été faite (loi 22 pluviôse an VII, art. 6) ; or cette déclaration doit être faite au bureau dans l'arrondissement duquel la vente doit avoir lieu (même loi, art. 2) [4].

2209. Les droits sont acquittés par les notaires, débiteurs directs de la régie [5]. Il en est ainsi, non seulement pour les actes passés devant les notaires [6] ; mais aussi pour les actes sous seing privé qui sont annexés à des actes notariés [7].

« Les notaires — ainsi que l'a posé en principe la cour de cassation — ne sont tenus de faire l'avance que des droits d'enregistrement légalement dus, suivant la nature des actes passés devant eux » [8] ; et « dans le cas où la régie croit pouvoir attaquer ces actes sous le rapport de leur validité et régularité, et leur refuser, pour quelque cause que ce soit, les effets que la loi leur attribue, c'est contre les parties pour

(1) *Dict. enreg.. eod.* v°, n. 145.

(2) *Dict. enreg.. eod.* v°, 131, 132, 146. — Sol., 13 août 1872.

(3) Déc. min. fin. du 12 thermidor an XII, *Dict. enreg., eod.* v°, n. 142.

(4) S., *Lois annotées.* I, p. 490, col. 3 *in fine.*

(5) Civ. rej., 1er mars 1825, S. chr., VIII, 1. 64.

(6) L. 22 frimaire an VII, art. 29.

(7) L. 16 juin 1824, art. 13.

(8) Civ. rej., 12 janvier 1834, S., 34. 1. 199 ; Trib. Lyon, 11 août 1880, *Journ. des not.*, n. 3349. Délib. adm. enreg., 26 octobre 1880, D. P., 81. 3. 30-32.

lesquelles les notaires ont reçu lesdits actes qu'elle doit intenter son action » (1).

L'obligation pour les notaires de faire l'avance des droits existe même relativement aux actes dans lesquels ils agissent en vertu d'une commission judiciaire (2).

Mais le double droit ne saurait être exigé du notaire en même temps que le droit simple, si l'acte enregistré fait présumer une mutation antérieure (3).

Le défaut de consignation des droits entre les mains du notaire ne le dispense pas de faire procéder à l'enregistrement dans les délais prescrits.

Si la somme qu'un notaire consigne pour l'enregistrement d'un de ses actes est inférieure au montant des droits exigibles, le receveur peut soit refuser d'enregistrer l'acte, soit retenir celui-ci tant que la somme encore due ne lui a pas été versée par le notaire (4).

2210. Le notaire qui a fait l'avance des droits d'enregistrement a, pour le recouvrement de ces droits, un recours solidaire contre tous les signataires de l'acte, car ceux-ci doivent supporter l'impôt définitivement (5).

D'après l'art. 30, § Ier, de la loi du 22 frimaire an VII : « Les officiers publics qui, aux termes des dispositions précédentes, auraient fait pour les parties l'avance des droits d'enregistrement, pourront *prendre exécutoire du juge de paix de leur canton* pour leur remboursement ». Avant la loi du 24 décembre 1897, relative au recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers (6), les notaires pouvaient incontestablement se prévaloir de cette disposition (7). Mais

(1) Civ. rej., 12 janvier 1834, précité.

(2) Trib. du Havre, 17 février 1848, D. P., 48. 5. 155. — Limoges, 24 août 1874, D. P., 77. 3. 8.

(3) Amiaud, *op. cit.*, v° *Enregistrement*, n. 35.

(4) Trib. Seine, 20 déc. 1863 et 19 août 1865; Besançon, 9 mars 1880; Nîmes, 6 mai 1885, *Journ. des not.*, art. 23609. — *Contra Journ. du notar.*, n. 3899 s.

(5) Civ. cass., 21 déc. 1870, S., 71. 1. 37, D. P., 71. 1. 87; *Inst. adm. enreg.*, 25 sept. 1871, n. 2421, § 2.

(6) S., *Lois ann.*, 12e série, p. 547, D. P., 98. 4. 1.

(7) Toutefois les notaires n'étaient pas obligés, en ce cas, de prendre exécutoire; ils pouvaient également suivre les formes ordinaires. Paris, 29 mai 1869, joint à Req., 9 fév. 1870, S., 71. 1. 135, D. P., 70. 1. 363.

aujourd'hui, comme l'art. 7 de la loi du 24 décembre 1897 porte que l'article 30 de la loi du 22 frimaire an VII est abrogé dans celles de ses dispositions « qui sont contraires à la présente loi », on se demande si cette abrogation n'a pas enlevé aux notaires le droit de se faire délivrer un exécutoire pour leurs déboursés d'enregistrement. Plusieurs auteurs soutiennent que la disposition de l'art. 30 de la loi de frimaire est absolument inconciliable avec celle de l'art. 3, al. 1er de la loi du 24 décembre 1897, aux termes duquel : « Les *notaires,* avoués et huissiers *ne* pourront poursuivre le paiement des frais s'appliquant aux actes de leur ministère *qu'*après en avoir obtenu la taxe » et suivant les formes établies à l'art. 4. Cette disposition, dit-on, concerne tous les frais, aussi bien les déboursés que les honoraires, car le texte précité ne distingue pas. Les notaires ne peuvent donc plus prendre exécutoire pour leurs avances d'enregistrement (1). Le tribunal de Murat, par un jugement du 19 mai 1900, a adopté cette opinion (2).

Mais d'autres auteurs sont d'avis que la procédure organisée par la loi de 1897 et qui est exclusive de toute autre, n'est imposée que pour le recouvrement des frais taxables. Or, fait-on observer, les droits d'enregistrement ne figurent pas parmi ces frais. Les notaires peuvent aujourd'hui, sans doute, poursuivre à la fois le remboursement des droits d'enregistrement par eux avancés et le paiement de leurs frais taxables, en suivant la procédure de l'ordonnance de taxe, conformément aux art. 3 et 4 de la loi de 1897 ; mais ils peuvent également, s'ils le préfèrent, pour se faire rembourser isolément leurs avances d'enregistrement, procéder en vertu de la disposition de l'art. 30, § 1er de la loi de frimaire (3).

(1) Amiaud et E. Legrand, *Explic. de la loi du 24 décembre 1897*, n. 55, p. 72 ; Amiaud et Voland, *Tr. gén. des honor. des not.*, n. 751 ; Bouissou, *Recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers, Commentaire de la loi du 24 décembre 1897*, n. 655, p. 348.

(2) D. P., 1903. 2. 70.

(3) Didio, *Comment de la loi du 24 décembre 1897*, *Rev. du notar.*, année 1898, n. 10151, p. 902. — Cpr. L. Legrand, *Comment. de la loi du 24 décembre 1897*, n. 47, p. 30 ; Defrenois, *Comment. prat. de la loi du 24 décembre 1897*, n. 131. — Les partisans de la seconde opinion admettent, d'ailleurs, comme ceux de la pre-

a39003 008534017b

DATE DUE